

Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

FRIEDRICH VON ZEZSCHWITZ

Assessor aus Königsberg

Marburg 1967

Das Gewinnrecht als Rechtsbegriff



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg



vorgelegt von

FRIEDRICH VON ZEZSCHWITZ

Assessor aus Königsberg

Marburg 1967



Als Dissertation von der Rechts- und Staats-
wissenschaftlichen Fakultät angenommen

am 5. Dezember 1967

Berichterstatter: Professor Dr. Rupp

Mitberichterstatter: Professor Dr.Dr. Pirson

Tag der mündlichen Prüfung: 6.Dezember 1967

Inhaltsübersicht

=====

	Seite
Literaturverzeichnis	IV
Einleitung und Definitionen	1
1. Positivrechtliche Bedeutungsinhalte	13
2. Gemeinwohl und vorpositive Normativität	33
3. Historische und sozialetische Einflüsse	46
4. Gemeinwohl als Integrat oberster Werte	67
5. Verfassungsrechtliche Determinanten und verfassungsgerichtliche Gemeinwohldogmatik	81
6. Bestimmungsmethode für Gemeinschaftswerte	123
7. Demokratie, Menschenwürde, Sozialstaatlichkeit als wichtigste Determinationsnormen	131
8. Zur Entbehrlichkeit des Gemeinwohls als allgemeiner Rechtsbegriff - Zusammenfassung	177

Literaturverzeichnis

=====

- Abendroth, Wolfgang, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im GG der BRD, Festschrift für Arnold Bergstraesser, Düsseldorf 1954.
- Arndt, Adolf, Gedanken zum Gleichheitssatz, Festschrift für Gerhard Leibholz, Bd. 2, Tübingen 1966.
- Bachof, Otto, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStL 12 (1954), S. 37 ff.
- ders., Die Prüfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, AöR 87 (1962), S. 1 ff.
- Badura, Peter, Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963.
- Becker, Erich, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStL 14 (1956), S. 96 ff.
- Bernatzik, Edmund, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person, AöR 5 (1890), S. 169 ff.
- Binder, Julius, Staatsraison und Sittlichkeit, Berlin 1929.
- Bloch, Ernst, Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt 1961.
- Bluntschli, Johann, Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl. Stuttgart 1875.
- Breitling, Rupert, Die zentralen Begriffe der Verbandsverfassung, PVS 1960, S. 47 ff.
- Brecht, Arnold, Politische Theorie, Tübingen 1961.
- Brinkmann, Karl, Grundrechtskommentar zum Grundgesetz, Bonn 1967.
- Brunner, Emil, Gerechtigkeit, Zürich 1943.
- Brunstätt, Friedrich, Deutschland und der Sozialismus, Berlin 1924.
- Coing, Helmut, Vom Sinngehalt des Rechts, in: Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965.
- ders., Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin 1950.
- Dabin, Jean, Der Staat, Dt. Übersetzung von Hans Naumann, Neuwied 1961.
- Dreier, Ralf, Zum Begriff der "Natur der Sache", Berlin 1965.
- Drews, Bill - Wacke, Gerhard, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., Berlin 1961.
- Dürig, Günter, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs "öffentliches Interesse", Diss. München 1949.
- ders., Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger, Festschrift für Willibald Apelt, München 1958.
- ders., Der Grundsatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956).
- Ebers, Godehard, Art. "Staat" in Staatslexikon (Görres) Bd. IV, 5. Aufl., Freiburg 1931.
- Engisch, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl. Heidelberg 1960.
- ders., Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1964.
- ders., Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935.
- Eschenburg, Theodor, Staat und Gesellschaft in Deutschland, Stuttgart 1956.
- Esser, Josef, Grundsatz und Norm, 1. Aufl. Tübingen 1956.
- Forsthooff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl. München 1966.
- Fraenkel, Ernst, Strukturdefekte der Demokratie, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zum PARLAMENT, 9/1964.

- Friedrich, Carl J., Demokratie als Herrschafts- und Lebensform, Heidelberg 1959.
- Frisch, Hans v., Die Aufgaben des Staates in geschichtlicher Entwicklung, in: Handbuch der Politik, Bd. I, Berlin 1912.
- Funk, Franz X., Zur Auffassung des Begriffs der Polizei im vorigen Jahrhundert, ZGesStW 19 (1863), S. 489 ff.
- Gallwas, Hans U., Der Mißbrauch von Grundrechten, Berlin 1967.
- Gerber, Hans, Die Idee des Staates in der neueren evangelisch-theologischen Ethik, Berlin 1930.
- Graeves, H., Grundlagen der politischen Theorie, Dt. Übersetzung, Neuwied 1960.
- Guardini, Romano, Welt und Person, 2. Aufl., Würzburg 1950.
- Haenel, Albert, Deutsches Staatsrecht Bd. I, Leipzig 1892.
- Hartmann, Nicolai, Ethik, 3. Aufl., Berlin 1949.
- Häberle, Peter, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, Karlsruhe 1962.
- ders., Fiskalische Interessen als öffentliche Interessen, DVBl. 1967, S. 220.
- ders., Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität, AöR 92 (1967), S. 259 ff.
- Hättig, Manfred, Demokratie als Herrschaftsordnung, Köln 1967.
- Heck, Philipp, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914.
- Hedemann, Justus, Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933.
- Hegel, Friedrich W., Philosophie des Geistes (Herdflamme)
- Heidegger, Martin, Sein und Zeit, 1. Hälfte, Halle 1927.
- Heller, Hermann, Staatslehre, Leiden 1934.
- ders., Probleme der Demokratie, Berlin 1928.
- ders., Hegel und der Machtstaatsgedanke in Deutschland, 1921, Neudruck Aalen 1963.
- Henkel, Heinrich, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964.
- Hennis, Wilhelm, Politik und praktische Philosophie, Neuwied 1963.
- ders., Zum Problem der deutschen Staatsanschauung, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1959 (VII).
- ders., Meinungsforschung und Demokratie, Tübingen 1957.
- Hertling, Georg v., Recht, Staat und Gesellschaft, 6. Aufl. München 1918.
- Herzog, Roman, Einführung zum Evangelischen Staatslexikon, Stuttgart 1966.
- Hespe, Klaus, Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Köln 1964
- Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, Karlsruhe 1967.
- Hessen, Johannes, Lehrbuch der Philosophie, Bd. 2 Wertlehre, 2. Aufl., München 1959.
- Heß, Klaus-Günther, Der Begriff "Allgemeines Wohl" in der neueren Gesetzgebung, Diss. Kiel 1937.
- Hippel, Eike v., Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Berlin 1965
- Hirsch, Ernst, Art. "Gemeinwohl" in: Wörterbuch der Soziologie, hrsg. von Bernsdorff-Bülow, 1. Aufl., Stuttgart 1955.

- Smend, Rudolf, Verfassung und Verfassungsrecht, München 1928.
- Sonthheimer, Kurt, Staatsidee und Wirklichkeit heute, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 16/64.
- Spranger, Eduard, Lebensformen, 8. Aufl., Tübingen 1950.
- Stahl, Friedrich Julius, Philosophie des Rechts, 3. Aufl., Heidelberg 1856.
- Stammler, Rudolf, Wirtschaft und Recht, 5. Aufl., Berlin 1924.
- Stein, Lorenz v., Die Verwaltungslehre, Bd. I/1, Die vollziehende Gewalt, Stuttgart 1869.
- Streißler, Erich, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, Freiburger Ringvorlesung WS 1966/67, Karlsruhe 1967, S. 1 ff.
- Süsterhenn, Adolf, Das Subsidiaritätsprinzip, Festschrift für Hans Nawiasky, München 1956.
- Thielicke, Helmut, Theologische Ethik, Bd. II/2, Tübingen 1958.
- Thoma, Richard, Der Umfang der gesetzgebenden Gewalt, in: HDStR II, Tübingen 1932, S. 137 ff.
- Thon, August, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.
- Treitschke, Heinrich v., Politik Bd. I, Leipzig 1897.
- Troeltsch, Ernst, Privatmoral und Staatsmoral, in: Deutsche Zukunft, Berlin 1916.
- Utz, Arthur Fridolin, Sozialethik, Bd. I Die Prinzipien der Gesellschaftslehre, 2. Aufl., Heidelberg 1964, Bd. 2 Rechtsphilosophie, Heidelberg 1963.
- Vecchio, Giorgio del, Die Gerechtigkeit, 2. Aufl., dt. Übersetzung, Basel 1950.
- Verpaalen, Antoine, Der Begriff des Gemeinwohls bei Thomas von Aquin, Heidelberg 1954.
- Walther, Wilhelm, Die sozialethische Definition der Demokratie, Freiburg 1962.
- Weber, Max, Gesammelte Schriften zur Soziologie und Politik, Tübingen 1924.
- Weber, Werner, Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954.
- ders., Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat IV, 1965, S. 420 ff.
- Welty, Eberhard, Gemeinschaft und Einzelmensch, Leipzig 1935.
- Welzel, Hans, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. Göttingen 1962.
- Wendland, Heinz-D., Person und Gesellschaft in evangelischer Sicht, Gandersheim 1963.
- Wengler, Wilhelm, Prolegomena zu einer Lehre von den Interessen im Völkerrecht, in: Die Friedenswarte 50 (1950/51), S. 108 ff.
- Werner, Fritz, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, Karlsruhe 1966.
- Wertenbruch, Wilhelm, Grundgesetz und Menschenwürde, Köln 1958.
- Weustenfeld, Wilfried, Die Bedeutung des Gemeinwohls im Rechtsstaatsdenken der Gegenwart, Diss. Münster 1962.
- Wintrich, Josef, Zur Problematik der Grundrechte, Köln 1957.
- Wolf, Erik, Das Problem der Naturrechtslehre, Karlsruhe 1955.
- ders., Recht des Nächsten, Frankfurt 1958.
- Wolff, Hans J., Verwaltungsrecht, Bd. I, 6. Aufl., München 1965; Bd. III, 1. Aufl. München 1966.
- Zippelius, Reinhold, Wertungsprobleme im Bereich der Grundrechte, München 1962.

Einleitung und Definitionen

=====

Die nachstehende Untersuchung trägt den Titel "Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff", um damit eine bewußte Beschränkung ihres Gegenstandes auszudrücken. Die Dimensionen des Gemeinwohls sind derart vielschichtig und weitgespannt, daß eine umfassende Darstellung kaum zu wagen wäre und sich weit über die juristische Dogmatik hinaus in staatsphilosophische, sozial- und religions-ethische, theologische und historische Bereiche begeben müßte. Wie fruchtbar eine dieserart übergreifende Untersuchung auch erscheinen vermag, sie geriete nicht nur alsbald und unvermeidbar in die Gefahr, sich in der Wirrnis allzu heterogener Bedeutungsinhalte und kategorial verschiedener Aufgaben des Gemeinwohlbegriffs zu verlieren; schwerer noch wöge, daß der Versuch, eine überbrückende einheitliche Sinnggebung zu entwickeln, an der Enge des gemeinsamen Nenners eine früh erreichte Barriere fände, die sich nur mit einer wenig ergiebigen Nivellierung überwinden ließe. Wenn dennoch im zweiten und dritten Abschnitt dieser Arbeit ein zaghafter und angesichts der Fülle des Materials zwangsläufig skizzenhafter Ausblick gewagt wird, so keineswegs mit dem Anspruch, die Diskussion im außerrechtlichen Bereich neuen Einsichten zuzuführen. Einziger Sinn und Zweck dieses Ausfluges ist es, Distanz zu einer nicht seltenen Neigung zu schaffen, die das Ideengebäude, das die eigene Disziplin beherrscht und prägt, ohne Umschweife und unter bewußter oder auch unbewußt bleibender Verknennung

der funktionalen Unterschiede, die den heterogenen Gemeinwohlverständnissen eigen sind, in andere Ordnungen, wegen ihrer für den sozialen Prozeß umfassenden Verbindlichkeit vorzugsweise in die Rechtsordnung verpflanzt. So verstanden dient die ausgreifende Darstellung paralleler Gemeinwohlbegriffe durch ihren mehr antithetischen denn synkritischen Wert der spezifisch juristischen Analyse des Gemeinwohls und synonyme Begriffe.

Die unterschiedlichen Verwendungsweisen und Bedeutungsinhalte des Gemeinwohls lassen es als dringend angezeigt erscheinen, den eigenen Begriffsapparat vorab zu definieren. Diese Definition muß, will sie nicht das Ergebnis der folgenden Ausführungen vorwegnehmen und zum Aufhänger einer ausartenden Begriffsjurisprudenz werden, jenseits der inhaltlichen Aussagen des Gemeinwohls verbleiben und sich darauf beschränken, die kategorialen Funktionen aufzuzeigen, die den Begriffen Gemein(schafts)gut, Gemein(schafts)wert, Gemein(schafts)interesse und Gemein(schafts)wohl sowie deren anderslautenden Synonymen zukommen.

a) Wert-Sollensgebot

Ausgangspunkt dafür sei die philosophisch geläufige Unterscheidung von Wert und Sollensnorm. Sie wird in dem Verständnis zugrunde gelegt, wie sie bei Nicolai Hartmann in teilweiser Abkehr von der bei Max Scheler anzutreffenden strikten Trennung von Wert und Sollensgebot hervortritt. Der Wert ist keine Eigenschaft von Dingen oder Menschen, Wert ist die Wertqualität des Gefühlten, der Wirkung, die irgendwelche Naturkräfte auf begehrende und fühlende Wesen haben, des intenti-

onalen Fühlens an sich ¹⁾. Werterfassen ist nicht de-
zisionäre Wertsetzung, wie vor allem der südwestdeut-
sche Relativismus annimmt ²⁾, sondern primär die ge-
fühlte und allenfalls in zweiter Linie erkenntnismä-
ßige ³⁾ Findung apriorischer Werte ⁴⁾. Gegenüber dem
normativen (Tun)Sollen ist das Wertbewußtsein stets
primär ⁵⁾, verschieden beantwortet wird nur, ob Wert
eine reine Seinsverbindung oder ein den Wirklichkeiten
gegenübertretendes Seinsollen darstelle ⁶⁾. Die Frage
ist für das normative Sollen insofern bedeutsam, als
dieses entweder dadurch begründet wird, daß in der In-
tention der Wert der Handlung, die sein soll, erfaßt
ist (Scheler ⁷⁾), oder dadurch, daß sich das ideale

-
- 1) Max Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die
materiale Wertethik, 5. Aufl. Bern 1966, S. 35 f.,
(39)
 - 2) Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. hrsgg.
v. Erik Wolf, Stuttgart 1956, S. 100 ff. Den stärk-
sten Einfluß hatte Friedrich Nietzsche, etwa in: Also
sprach Zarathustra, Vorrede 9, von Tausend und einem
Ziele, hrsg. v. Karl Schlechta (Hanser), München
1955, S. 289, 322 f.
 - 3) Johannes Hessen, Lehrbuch der Philosophie, Bd. 2 Wert-
lehre, 2. Aufl. München 1959, S. 81 ff. (83) mit Nach-
weisen aus der Diskussion S. 77 - 81.
 - 4) Nicolai Hartmann, Ethik, 3. Aufl. Berlin 1949, S. 127.
 - 5) Max Scheler, Der Formalismus, S. 192 f.; Nicolai Hart-
mann, Ethik, S. 116 f.; Edmund Husserl, Logische Stu-
dien I, Prolegomena zur reinen Logik, 4. Aufl. Halle
1928, S. 400 ff.; Karl Engisch, Einführung in das ju-
ristische Denken, 3. Aufl. Stuttgart 1964, S. 27 f.
m.w.N.
 - 6) Als Seinskategorie bei Max Scheler, Der Formalismus,
S. 193; als ideales Seinsollen bei Nicolai Hartmann,
Ethik, S. 57, 171 f.
 - 7) Der Formalismus, S. 193.

Seinsollen des Wertes im Konflikt mit der Wirklichkeit zunächst in ein aktuales Seinsollen und erst im personalen Bezug zum Subjekt in ein Tunsollen umsetzt, mit anderen Worten, daß der Wert bereits ein Sollensmoment eignet (Hartmann ⁸⁾).

In den Kategorien der Rechtstheorie entspricht dem: Güter sind die werthaften realen und idealen Gegenstände ⁹⁾, die Substrate (des Rechts, von Rechten und Pflichten). Güter sind nicht die ihnen hinzutretenden Rechtswerte, Rechte und Pflichten. Ungenau ist daher insofern die überkommene Verwendung des Rechtsbegriffs der Güterabwägung. Güterabwägung meint Werteabwägung ¹⁰⁾, Abwägung antagonistischer Rechte/Pflichtenstatus. Nicht die Entgegensetzung von Güterobjekten, sondern nur die Antinomie ihrer personalen, werthaften Bezüge kann ranggestufte Wert- und Sollensbeziehungsurteile = Normen ergeben.

Wert ist die Qualität intentionalen subjektiven Begehrens, institutionalisiert als Rechtsgewissen und Rechtsgefühl, im objektivrechtlichen Sinne als Rechtsidee. Seine

8) Ethik, S. 180, 184.

9) Zur Definition Nicolai Hartmann, Ethik. S. 122, Max Scheler, Der Formalismus, S. 41 f.; Rudolf Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Bd. I 3. Aufl. Berlin 1910, S. 470.

10) Siehe etwa Peter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, Karlsruhe 1962, S. 31 ff.

Vorgegebenheiten sind im rechtsphilosophisch überpositiven Verständnis die Natur der Sache und der transzendent begründete Naturrechtssatz. Beide Komponenten müssen, um überhaupt begründet werden zu können, als Seinskategorien postuliert werden. Von daher ergibt sich, daß die Genese des Wertes mit der Bejahung naturrechtlicher Normen zur abgeleiteten Wert- oder verfehlenden Unwertfindung (Axiologie, Neuscholastik), mit der Verneinung zur Wertsetzung (Relativismus), zur originären Wertschöpfung wird. In die Kategorie der positiven Rechtstheorie übertragen bedeutet das: entweder sind alle Rechtswerte aus naturrechtlichen Normen durch Rechtsfindung abgeleitet bzw. verletzen diese und sind darum Unrechtswerte; oder aber die Rechtswerte ruhen ausschließlich in der Ordnung des positiven Rechts und sind daher Rechts(wert)setzungsakte, soweit keine hierarchisch übergeordnete Norm bindet, im übrigen Rechts(wert)findungsakte. Rechtswerte werden hier begründet: auf der Ebene des Verfassungsrechts durch originäre Rechts(wert)setzungsakte, auf der Ebene des Gesetzesrechts teils durch abgeleitete Rechts(wert)findungsakte, nämlich soweit die Bindungswirkung der Verfassung reicht, teils durch originäre Rechts(wert)setzungsakte, soweit ein gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum besteht, und auf der Ebene exekutivischer und richterlicher Rechtsakte durch Rechts(wert)findungsakte, soweit die (durch Art. 80 Abs. 1 GG und den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz zur Regel gemachte) Verfassungs- und Gesetzesbindung reicht, und ausnahmsweise durch Rechts(wert)setzungsakte, soweit eine durch das Gesetzmäßigkeitsprinzip gebotene Ermächtigung ausdrücklich oder durch ihre Unbestimmtheit die Kompetenz zu autonomer, originärer Wertsetzung schafft.- Rechtswert ist danach das formellrechtliche oder gewohnheitsrechtliche Anerkannt-

sein des subjektiven Wertgefühls, der Qualität der Begehrung, des Interesses. Bei Rechtsetzungsgenese ist der geschaffene Wert stets Rechtswert, bei Rechtsfindungsgenese nur, wenn er den in der Ranghierarchie übergeordneten Rechtswerten gemäß ist, irrende Wertfindung erzeugt Schein- oder Unrechtswerte (die allerdings dennoch verbindlich sein oder werden können - Frage der Erkenntnis - und Verwerfungskompetenz).

(Tun)sollensgebote sind im Bereich des Naturrechts stets Korrelate zu einem Seinsollen. Für ihr Verhältnis zu Sollensgeboten des positiven Rechts gelten dieselben Kongruenzregeln, wie sie für Werte dargestellt wurden.- Sollensnormen im Bereich des positiven Rechts sind die Korrelate zu Rechtswerten. Auch für sie gelten die Kongruenzregeln, die für Rechtswerte dargestellt worden sind: nachgeordnete Sollensgebote dürfen übergeordneten nicht widersprechen.

Das Verhältnis der Sollensgebote zu Werten kann mithin nur im Bereich des nicht ontologisch begründeten Rechts zum Problem werden, d.h. im Bereich des positiven Rechts. Solange Tunsollensgebote als Korrelate zu einem Seinsollen, also einer ontischen Kategorie erscheinen, ist das werthafte Erfassen oder die Erkenntnis dieses Seins der logische Primärakt. In der Ordnung des positiven Rechts dagegen sind zu unterscheiden: der Prozeß der Rechtswert- und Sollensnormgenese und das Produkt dieses Prozesses.

Das Rechtserzeugungsverfahren wird gesteuert durch ermächtigende und verpflichtende Normen verschiedener Rangstufen, dessen Produkt, der Rechtsakt, wird an der Kongruenz mit übergeordneten Rechtsakten gemessen. -

Die denkbaren Pflichtwidrigkeiten und Divergenzen sind danach zu unterscheiden, ob auf der über- und nachgeordneten Rangstufe Rechtswert- oder Pflichtenollensnormierungen einander gegenüber treten. (Das positive Recht verwendet nebeneinander Rechtswerte, etwa Demokratie, Sozialstaat in Art. 20 Abs. 1 GG, und Sollensgebote, etwa die Menschenwürde zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG). Von den dabei denkmöglichen Konstellationen können drei als unproblematisch unerörtert bleiben: (1) Soweit nach der im Rechtserzeugungsverfahren geltenden Verpflichtungsregel Sollensnormen zu Sollensnormen treten, (2) soweit nach der Kongruenzregel Sollensnormen zu Sollensnormen und (3) Rechtswerte zu Rechtswerten treten, entscheidet die Rechtshierarchie über die Rechtmäßigkeit des nachgeordneten Rechtsaktes. Fragwürdig sind dagegen folgende Konstellationen: (4) Im genetischen Prozeß muß die Verpflichtungswirkung des übergeordneten Rechtswertes für eine nachgeordnete Sollensnorm und (5) die Verpflichtungswirkung der übergeordneten Sollensnorm für einen nachgeordneten Rechtswert begründet werden. (6) Im Bereich der Kongruenzregel muß dem übergeordneten Rechtswert gegenüber der nachgeordneten Sollensnorm und (7) der übergeordneten Sollensnorm gegenüber dem nachgeordneten Rechtswert Geltung verschafft werden können.

Die aufgerissene Problematik ist nur zu bewältigen, wenn Rechtswert und Sollensgebot als verschiedene Aspekte ein und desselben Beziehungsurteils über kollidierende Interessen verstanden werden. Rechtswerte können nur dadurch ausgedrückt werden, daß sie in Beziehung zu anderen Rechtswerten oder Werten gesetzt werden; ihre Wertigkeit muß mithin relativ fixiert werden: ranghöher, ranggleich, rangniedriger. Die Rangordnung wird dadurch zur recht-

lichen Ordnung, daß unausgesprochen das Sollensgebot mitgedacht wird, höhere Werte sollen Vorzug genießen und im Kollisionsfall allein beachtet werden; ohne dieses Sollensgebot ist die Rechtswertbetrachtung bar jeden Sinnes. - Umgekehrt kann der Konflikt zwischen kollidierenden Sollensgeboten nur dadurch gelöst werden, daß einem von ihnen Vorrang gegeben wird; damit wird dem vorrangigen ein höherer Wert zuerkannt. Die Kollisionsregel ist daher bei Sollensgeboten ein unausgesprochen mitgedachtes Rechtswerturteil. Sonach erweist sich der Rechtswert als die objektivrechtliche Seite, das Sollensgebot als die subjektivrechtlich verpflichtende Seite ein und desselben Beziehungsurteils. Das Beziehungsurteil wird ausgedrückt durch die Rechtsnorm oder einen sonstigen Rechtsakt. Da aus dem Rechtswert ein Sollensgebot und aus dem Sollensgebot ein Rechtswert werden kann, ohne daß das Beziehungsurteil qualitativ verändert würde, lösen sich sowohl die Kollisionsfälle auf der Verpflichtungsseite wie die Kollisionsfälle auf der von der Kongruenzregel beherrschten Seite unschwer auf. Die Norm, die gemessen werden soll, muß in ihrer objektivrechtlichen Transformation als Rechtswert gesehen werden, wenn die hierarchisch übergeordnete Norm in dieser Gestalt erscheint, und sie muß in ihrer subjektivrechtlichen Transformation als verpflichtendes Sollensgebot gesehen werden, wenn die Maßstabsnorm ebenfalls als solches erscheint.

Aus der Kohärenz von Rechtswert und Sollensgebot folgt zugleich, daß der Rechtswert nicht als absoluter Wert für alle denkbaren gesellschaftlichen Beziehungskomplexe verstanden werden darf; damit sind die gegen eine Argumentation aus einem Wertsystem des Grundgesetzes erhobenen Bedenken ausgeräumt. Hat die Menschenwürde im Verhältnis zur Staatsgewalt hierarchisch höchsten Rang,

so muß die Aussage für das Verhältnis der Staatsbürger zueinander differenzierter gegeben werden. Der Rechtswert in dieser Beziehung läßt sich - wenn keine ausdrückliche Drittwirkung normiert ist, wie etwa in Art. 9 Abs. 3 GG - nur mittelbar dadurch erschließen, daß jede Rechtsbeziehung innerhalb der staatlichen Rechtsordnung steht ¹¹⁾ und diese Rechtsordnung ausnahmslos durch die staatlichen Garantie- und Schutzpflichten aus den Grundrechten und den Staatsgrundnormen (Art. 20 GG) determiniert ist. In der Verleihung subjektiver Rechtsmacht werden diese Garantie- und Schutzpflichten ebenso effektuiert wie durch unmittelbare gemeinschaftsrechtliche Organisationsformen ¹²⁾; die Wertantinomie verschiedener und häufig gegensätzlicher Garantie- und Schutzgüter, die bei individueller Rechtsverleihung wie bei gemeinschaftsrechtlicher Interessenverwirklichung bewältigt werden muß, ist in der Anlage dieselbe. Nur ein Mißverständnis, von diesen Garantie- und Schutzpflichten des Staates abgesonderter und in das dezisionäre Belieben gestellter Gemeinwohlbegriff könnte das verschleiern.

b) Gemeingut, Gemeinwohl, Gemeinschaftswert, Gemeinschaftsinteresse

Die vorstehende Grundlegung war geboten, weil sich nur von ihr aus Klarheit in die begriffliche Verwirrung gebracht werden kann, die in der Verwendung gemeinschaftsdeterminierter Begriffe herrscht.

Gemein(schafts)gut wird selten zur Kennzeichnung des Sub-

11) Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl. Tübingen 1928, S. 125 f.

12) Vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1905, S. 44, 53.

strates, überwiegend in Anlehnung an den Rechtsbegriff des Rechtsgutes - als Rechtswertbegriff verwandt ¹³⁾. Daß es sich um wertende Begriffsverwendung handelt, ist meist an dem beigefügten Beziehungsurteil: wichtiges, überragend wichtiges Gemeinschaftsgut ¹⁴⁾ erkennbar.

Gemeinwohl und Gemeinschaftswert ¹⁵⁾ werden zutreffend als Rechtswertbegriffe verwendet, wobei der Begriff des Gemeinschaftswertes zumeist zur Beschreibung des Rechtswertes einzelner Gemeinschaftsinteressen verwendet, das Gemeinwohl dagegen als das Integrat der Summe aller Gemeinschaftswerte (zuweilen einschließlich der Individualrechtswerte ¹⁶⁾) verstanden wird. Typisch dafür ist die häufig wiederkehrende Formel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, daß "vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls" (oder des öffentlichen Wohls) einen Eingriff rechtfertigen ¹⁷⁾. Der Wert des jeweiligen konkreten Gemeinschaftsinteresses wird dadurch als Teil des Gesamtwohls ausgewiesen.

-
- 13) Etwa in BVerfGE 13, 97, (107); 17, 269 (276); 19, 330 (337); 20, 283 (295). Grundlegend abweichend von der üblichen Terminologie Oswald v. Nell-Breuning, "Gemeingut, Gemeinwohl" in Wörterbuch der Politik, Heft 1 2. Aufl. Freiburg 1954, Sp. 51, der das Gemeingut umfassend als Zielgut der Gesellschaft versteht. Dazu kritisch Arthur-F. Utz, Sozialethik, Bd. I Die Prinzipien der Gesellschaftslehre, 2. Aufl. Heidelberg 1964, S. 178.
- 14) Etwa BVerfGE 7, 377 (408); 9, 39 (51); 11, 168 (183); 21, 261 (267) sowie die in der Vornote zitierten Entscheidungen.
- 15) Johannes Messner, Das Gemeinwohl, Osnabrück 1962, S. 19 f., 28. Aus der Rechtsprechung BVerfGE 13, 97 (107) - Gemeinschaftswert wird selten verwendet, häufig dagegen Gemeinschaftsgut -; BVerfGE 7, 367 (373); 8, 275 (329); 10, 141 (166); 12, 354 (363) - zum Begriff des Gemeinwohls.

Der Begriff des Gemeinschaftsinteresses wird wie der des Gemeinschaftsgutes uneinheitlich teils als Rechtswert im Sinne eines rechtlich anerkannten Gemeinschaftsinteresses¹⁸⁾ verwendet und erscheint dann meist mit Attributen wie legitimes, vordringliches, unabweisbares Gemeinschaftsinteresse (öffentliches Interesse)¹⁹⁾, teils zur Kennzeichnung außerrechtlicher Interessen von Gemeinschaftsbelang²⁰⁾.

Die Transformationsfähigkeit von Gemeinschaftswerten in Sollensgebote mit unmittelbarer Verpflichtungswirkung wird offensichtlich vorausgesetzt, da die Rechtswertbeurteilung und -abwägung regelmäßig unvermittelt und ohne nähere Begründung als verpflichtender Rechtssatz effektuiert wird²¹⁾.

-
- 16) Etwa Arthur-F. Utz, Sozialethik I, S. 142, 153 und wohl auch Hans H. Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 92 (1967), S. 212 (227, 231).
- 17) Diese Formulierung findet sich etwa in BVerfGE 7, 377 (405); 9, 73 (79 - sachgerechte Erwägung des Gemeinwohls); 9, 213 (222); 10, 185 (197); 11, 234 (239); 14, 19 (22); 16, 147 (167); 16, 286 (297); 18, 353 (361 f); 20, 31 (34); 20, 283 (295); 21, 150 (160); 21, 227 (232).
- 18) Besonders deutlich BVerfGE 13, 97 (107), wo gefragt wird, ob "die öffentlichen Interessen, deren Schutz die gesetzliche Regelung dient, überhaupt Gemeinschaftswerte von so hohem Rang darstellen können ...". Siehe ferner BVerfGE 3, 248 (253); 7, 377 (404); 10, 354 (362); 13, 181 (185); 15, 226 (234); 17, 266 (276).
- 19) Z.B. BVerfGE 7, 320 (323); 8, 71 (76); 9, 73 (79); 10, 89 (102); 10, 354 (363); 13, 97 (110); 14, 263 (282); 15, 235 (241); 17, 306 (318); 18, 121 (132); 19, 330 (337); 19, 342 (349); 20, 144 (147); 20, 150 (155, 159); 21, 184 (188).
- 20) Zutreffend differenziert BGH DÖV 1955, 729 (730): Eingriffe sind zulässig, "wenn und soweit übergeordnete Rechtsgründe ihn zwingend erfordern, nicht aber schon dann, wenn politische Wünschbarkeiten ihn 'vertretbar' erscheinen lassen mögen". Ähnlich kontrastiert BVerfGE 5, 85 (198) das Gesamtwohl und die Interessen und Wünsche einer bestimmten Klasse.

Auch die Gesetzestechnik hat - wie im folgenden 1. Abschnitt im einzelnen zu zeigen sein wird - keine einheitliche Linie: Art. 3 S. 2 BayVerf 1946 etwa kennzeichnet den Staatszweck als solchen durch den Dienst am Gemeinwohl und meint damit wohl zweifelfrei die Gesamtordnung aller Gemeinschaftswerte; Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG bindet die Zulässigkeit der Enteignung an das Wohl der Allgemeinheit und klammert dabei im traditionellen Verständnis das fiskalische Interesse als Enteignungsgrund aus; § 232 StGB fordert bei fahrlässigen Körperverletzungen als Strafverfolgungsvoraussetzung ein öffentliches Interesse und meint damit ein rechtlich anerkanntes; § 17 StAnpassG modifiziert die Steuerpflicht durch die Gemeinnützigkeit der verfolgten Ziele und meint damit nur einen anderwärts näher eingegrenzten Kreis rechtlich anerkannter Gemeinnutzen.

Diese Begriffsverwirrung läßt sich nicht beheben; es ist deswegen stets notwendig zu analysieren, in welcher Bedeutung Gemeinschaftsblankette verwendet sind, denn nur dann können Mißverständnisse und Fehldeutungen hinsichtlich der eigentlichen Frage nach der inhaltlichen Regelungswirkung vermieden werden.

-
- 1) Typisches Beispiel dafür ist die Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 1 GG, siehe etwa BVerfGE 13, 97 (104), wo ein anerkannter Gemeinschaftswert unmittelbar als legitim verpflichtender Duldungsbefehl (Unterlassung des Gewerbes) und als verpflichtende Obliegenheit (Ablegung der Meisterprüfung), positiviert durch einfaches Gesetz, gesehen wird.

1. Abschnitt

Positivrechtliche Bedeutungsinhalte

=====

Der Rechtsbegriff des Gemeinwohls hat weit zurückreichende rechtsgeschichtliche Wurzeln. Ihm kommt in der Staatsphilosophie wie in der allgemeinen Gesellschaftslehre eine zentrale Bedeutung zu. Im Bereich des öffentlichen Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts ist er als allgemeine staatsrechtliche Fundamentalnrm und als Rechtsprinzip geläufig. Daneben tritt schließlich die zwar trivialste, aber in der täglichen Rechtspraxis folgenreichste Verwendungsart: als positivrechtlicher Gesetzesterminus mit einer Vielzahl von Varianten. Dieser letztgenannten Kategorie soll die erste Aufmerksamkeit gelten.

a) Bestandsaufnahme

Die Vielfalt an Begriffsvarianten, die der Einfallsreichtum zahlreicher Gesetzgeber mehrerer Epochen mit oft irrationaler Bevorzugung bestimmter deklamativer Ausdrucksformen hervorgebracht hat - verwiesen sei etwa auf die alte Fassung des § 70 I AktienG, wo markig vom "gemeinen Nutzen von Volk und Reich" die Rede ist -, läßt sich kaum erschöpfend auffinden. Als selbstverständlich lückenhafter, aber doch hinreichend exemplarischer Überblick seien die nachfolgenden Gemeinwohlblankette mit ihren jeweiligen Fundstellen genannt:

das G e m e i n w o h l

Art. 3 S. 2, 103 II, 151 I, 113 bayVerf 1946;
Art. 3 I, 13 I 2, II, 51 II BremVerf 1947;
Art. 45 II 2 hessVerf 1946; Art. 1 II, III,
52 II 1, 53 II, 57 I, 58, 60 II, IV, 63 III
rheinlpfälzVerf 1947; Art. 51 I, II 1 saarl
Verf 1947; § 32 BVerfGG; § 30 I BVerwGG a.F.;
§ 4 II EnergiewirtschaftsG; § 8 II ArbeitszeitO;

§ 51 I GewerbeO; §§ 4, 8 I GWB; § 39 II PersonenbeförderungsgG; § 49 I BetriebsverfassungsgG; § 62 I GmbHG; § 81 I GenossenschaftsgG; § 396 I 1 AktG; § 315 III StGB; § 55 I hessLandkreisO; § 35 I hessGdeO;

das W o h l d e r A l l g e m e i n h e i t

Art. 14 III 1 GG; Art. 153 II 1 WRV; Art. 23 I DDR Verf. 1949; Art. 166 II bayVerf 1946; Art. 15 II BerlinVerf 1950; Art. 9 S. 2 BremenVerf 1947; §§ 4 II, 24 II, 87 I, 116 I BBauG; § 9 VIII BFernstraßengG; § 35 I BRRG; § 52 BBeamtenG; § 5 II 1 BNebentätigkeitsVO; §§ 34 a II, 35 III 2 GewO; § 25 III WohnraumbewG; §§ 6, 8 III 2, 12 I, 19 I WasserhaltungsgG; §§ 9 II, 10 III 2, 17 S. 2 AußenwirtschaftsgG; § 1 ErsatzdienstG; § 5 III GWB; §§ 57 I, 60 Zi. 1, 2, 62 I, 73 hessWasserG; §§ 6 I 1, 16 II hess StraßenG;

ähnlich § 81 GüterkraftverkehrsgG

das W o h l d e r G e s a m t h e i t

Art 163 I WRV; Art. 117 S. 2, 160 II 1, 163 II bayVerf 1946; Präambel 3. Abs., Art. 58 I HamburgVerf 1952; Art. 1, 43 I saarlVerf 1947

das ö f f e n t l i c h e W o h l

§§ 39 II, 42 V nordrhein-westf. StraßengG; § 5 VIII GetreideG; §§ 2 IV, 17 IV BFernstraßengG; § 29 II PersonenbeförderungsgG; § 14 I 1 hess LandkreisO; § 16 I 1 hessGdeO;

die öffentliche Wohlfahrt

Art. 9a I 2 bayVerf 1946; Art. 3 II
BremVerf 1947; § 8 I 1 PatentG;

das allgemeine Wohl

Art. 26 Zi. 2 BremVerf 1947; § 20 a IV,
VI GüterkraftverkehrsG;

das gemeine Beste

Art. 153 III 2 WRVerf, § 70 I AktienG a.F.:
gemeine Nutzen von Volk und Reich; § 13 I
WehrdienstG - gemeinnützige Aufgabe; ebenso:
§ 4 III 1 BLeistG; § 4 I Zi. 1 ErsatzdienstG;

die öffentlichen Belange

§§ 14 II, 31 II, 35 BBauG; § 9 II Außen-
wirtschaftsG; §§ 9 VIII, 9a V EFernstraßenG;
§§ 19 II, 103 I hessGdeO - öffentliches Be-
dürfnis;

die Interessen der Allgemeinheit

Art. 14 III 3 GG; § 8 I Milch- FettG;
§ 19 I 2 LuftVG; §§ 3 III 1, 20 1 BLeistG;
§ 61 II BVertriebenenG; § 16 S. 1 Flüchtlings-
NotleistungsG; § 19 I LandbeschaffungsG; Art.
169 II bayVerf 1946: Gesamtinteresse;

das öffentliche Interesse

§ 80 II 4, III VwGO; §§ 80 I, 135 V BBauG;
§ 15 I 1 PatentG; § 22a GewO; § 18 I AtomG;

- 1 -
§ 6 IV EnergiewirtschaftsG; § 16 I Ersatz-
dienstG; § 1 I ApothekenG; § 2 I Zi. 4
GaststättenG; § 23 I LadenschlußG; § 15 II
BFernstraßenG; § 13 II Zi. 2 PersonenbefördG;
§§ 6 III, 10 III, 39 III GüterkraftverkehrsG;
§§ 232 I, 353 b I, 353 c III StGB, §§ 153 I,
376 StPO; § 679 BGB; Art. 49 I rheinlpfälz
Verf 1947;

die öffentliche Sicherheit - O r d n u n g

Art. 13 III GG; Art. 98 I 2 bayVerf 1946;
Art. 16 II BremVerf 1947; § 15 I Versamm-
lungsG; § 14 preuss. PolizeiVG; §§ 126 a, 429
StPO; §§ 11 II, 13 I, 14 I 2 AusländerG; §§
10 I, 71 II BSeuchenG; § 49 III AtomG; § 39
II Zi. 3 AußenwirtschaftsG; §§ 25 I Zi. 1,
30 VI PersonenbefördG; § 1 I Zi. 1 BLeistG

Diese durchweg auf Gemeinschaftsinteressen verschieden-
sten Inhalts bezugnehmenden positivrechtlichen Begriffe
stehen repräsentativ für eine noch vermehrbare Zahl
vergleichbarer rechtstechnischer Ausdrücke. Sie im ein-
zelnen aufzuzeichnen, ist insofern eine etwas vergeb-
liche Mühe, als die vorstehend genannten trotz der Un-
terschiede im Wortgebrauch keine charakteristisch aus-
geprägten Bedeutungsabweichungen aufweisen, solange
man sie aus ihrem gesetzessystematischen Zusammenhang
isoliert betrachtet und auch historisch bedingte, in
einer herkömmlichen Auslegungsüberlieferung befangene,
zahlenmäßig indessen nicht sonderlich hervortretende
Sonderbedeutungen ausschaltet. Daß in vielen Fällen so-
wohl derartige gesetzesimmanente Auslegungsmöglichkei-
ten bestehen und dann eine ausreichende Präzisierung

verwendeter Gemeinwohlblankette erlauben, als auch historisch bedingte Sonderbedeutungen mit spezifischen Inhalten auffindbar sind, sei zunächst exemplifiziert.

b) Spezialgesetzliche Eingrenzungsmöglichkeiten

Die vorzugsweise auf die positivierten Normgehalte zu richtende Exegese ist deswegen oberstes Gebot, weil die Vielfalt der im Gemeinwohl zusammengefaßten und ausbalancierten Interessenantagonismen über das ganze Spektrum rechtlich geschützter wie ungeschützter individueller und kollektiver Interessen reicht. Diese Erkenntnis gebietet, um unnötige subjektive Dezisitionen zu vermeiden, die Beachtung des unbedingten Vorrangs der jeweils einschlägigen verfassungsgesetzlichen Regelung oder der konkreten gesetzgeberischen ¹⁾ oder, im Ermächtigungsrahmen, der exekutivischen oder judikativen Detailentscheidung, dergegenüber unpositivierte Gebote und Wertungen ethischer, soziologischer oder sonstiger außer-

1) Das betont Ernst Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen, 1966, S. 177, für diesen Zusammenhang völlig zurecht, wobei vor allem der gleichzeitigen Hervorhebung der verfassungsrechtlichen Pflichten des Gesetzgebers Zustimmung gebührt. Inwieweit die z.T. zynisch zu nennende Interessentenbefriedigung etwa von Wahlen und aus dem Reptilienfond (nahestehende Zeitungen) und drgl. trotz gegen-teiliger haushaltswirtschaftlicher Einsicht diesem Bild des Gesetzgebers noch entspricht, ist zweifelhaft. Das Verantwortungsbewußtsein im Eingriffsbereich scheint in der Tat nach wie vor zu bestehen; die von gerichtlichen oder effektiven, nämlich einer Publizitätspflicht unterliegenden Rechnungshof-Kontrollen allzu sehr verschonte Ausgaben - und Leistungsseite bietet ein zunehmend trüber werdendes Bild. Remedur würde wohl nur der rigorose Zwang eines Totalvorbehaltes mit dem Damoklesschwert nachfolgender Gerichtskontrolle bewirken können. Dies spricht jenseits aller rechtsdogmatischen Erwägungen (dazu etwa Hans H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, S. 117 ff; Dietrich Jesch,

rechtlicher Herkunft zurückzustehen haben. Daß dieser Vorrang sich in jeder Ebene vor den erschließbaren verfassungsrechtlichen Bestimmungen (etwa Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG) bewähren muß²⁾, ist selbstverständlich. Nur wenn auf diese Weise kein positiver Inhalt zu gewinnen ist, drängt sich das weite Feld metajuristischer, gesellschaftlicher, naturrechtlicher und sonstiger Wertungen in das Blankett - ein Phänomen, das dann allerdings Veranlassung gibt, die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Bestimmtheitsklausel des Art. 80 GG, dem Gesetzmäßigkeitsprinzip und anderen Verfassungsnormen zu stellen.

Relativ geringe Schwierigkeiten bereiten der Gemeinwohlbestimmung diejenigen Fälle, in denen ein gesetzgeberisches Programm einzelgesetzlich ausdrücklich normiert ist, das klare Schlüsse auf den verfolgten Gesetzeszweck zuläßt und nebeneinander keine sich widersprechenden Prinzipien enthält. Ein Beispiel für ein derartiges Gesetzesprogramm bietet § 1 AtomG. Die dort genannten Ziele bergen keine Antinomien; dementsprechend können die Gemeinwohlklauseln dieses Gesetzes (§ 7 I Zi. 5 - überwiegende öffentliche Interessen;

Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961, S. 175 ff) für eine einschränkungslose Geltung des Ermächtigungsgrundsatzes durch Gesetz.

- 2) Das die einzige rechtsmaßgebliche Aussage über das Gemeinwohl in der Verfassung liege (so Helmut Lenz, Rundfunkorganisation und öffentliche Meinungsbildung, JZ 1963, 338 (343)), ist ebenfalls zu einseitig. Dabei wird übersehen, daß sich Konkretisierungen aus der einfachen Gesetzgebung und den davon abgeleiteten Normen und den daraus folgenden Bestimmungskompetenzen ergeben können. Ferner wird die Verweisungsmöglichkeit auf außerrechtliche Sollensgebote und Wertungen außer acht gelassen; derartige Verweisungen stehen der Rechtsverfassung - wenn auch in Grenzen - offen (vgl. Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 4. Aufl. Stuttgart 1964, S. 124 ff).

§ 49 III - Schutz der Allgemeinheit) unschwer eingegrenzt werden: Nicht jedes beliebige Gemeinschaftsinteresse, sondern nur die als Gesetzeszweck genannten können als Begründung für eine versagte Genehmigung oder für eine Einziehung dienen³⁾. Ähnlich eindeutig sind etwa die Zweckbestimmungen des § 1 BLeistG. Die Gemeinwohlklauseln dieses Gesetzes (z.B. § 3 III 1) sind daher ausreichend genau durch gesetzesimmanente systematische Auslegung eingrenzbar. Dasselbe gilt für die Gesetzeszwecke des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes (§§ 1 I, 6) und dessen gemeinschaftsbezogene Generalklauseln (§§ 17 I 3, 25 III) und schließlich auch für das Landbeschaffungsg (§ 1 I). Die gesetzesimmanent aus Programmvorschriften oder ausdrücklich formulierten Gesetzeszweckbestimmungen erschließbaren Interpretationsmaßstäbe für spezialgesetzliche Gemeinwohlklauseln sind Sonderfälle, besonders seit Gesetzespräambeln wieder unüblich geworden sind. Dennoch läßt sich bei einer - allerdings auch nur kleineren - Zahl von eingriffsermächtigenden Gesetzen ein gegenständlich begrenzter Gesetzeszweck auch ohne ausdrückliche Normierung auffinden und zur inhaltlichen Bestimmung der verwendeten Generalklauseln einsetzen; zu nennen sind dafür etwa das BSeuchenG, das Wasserhaushaltsg und deren Gemeinwohlklauseln. Bei diesen Gesetzen ist der Kreis der aus Gründen des Gemeinwohls verfolgbaren Interessen durch gesetzesimmanente Ausle-

3) Beispielsweise wären wirtschaftspolitische Erwägungen - Bevorzugung der deutschen Atomindustrie oder behördliche Konzentrationsbemühungen - nicht als eingriffslegitimierend anzuerkennen. Andererseits sind etwa bergrechtliche Genehmigungen und dergl. unter Berücksichtigung des Programmzieles in § 1 I AtomG: Entwicklung und Nutzung der Atomenergie zu fördern, zu behandeln.

- -

gung einigermaßen begrenzbar, so daß darin vorkommende Gemeinwohlklauseln auf einen übersehbaren Inhalt reduziert werden können. Ein Rückgriff auf die verfassungsrechtliche oder gar außerrechtlichen Normenordnungen erübrigt sich in diesen Fällen daher zumeist.

In einer demgegenüber stärker verbreiteten Gruppe von Gesetzen, die auch positive Aussagen über den angestrebten Gesetzeszweck geben, kann wegen des Nebeneinanders unvereinbarer Zielsetzungen eine gesetzesimmanente Auslegung nicht ausreichen. So ist es etwa unmöglich, für die Gemeinwohlklauseln der §§ 24 II, 37 I BBauG aus dem Panorama der programmatischen Vorschriften des § 1 eine weiterführende Präzisierung abzuleiten, denn mit den dort genannten Zielen sind allzu heterogene und einander teilweise widersprechende Zwecke berührt. So dürften regelmäßig, um beispielsweise nur einige der dort avisierten Interessen zu nennen, die Erfordernisse des Verkehrs, der Verteidigung, des Natur- und Landschaftsschutzes, der Gestaltung des Orts- und Landschaftsbildes mit den Interessen an der privaten Eigentumsbildung, den privaten Wohnbedürfnissen, den landwirtschaftlichen und sonstigen wirtschaftlichen Interessen nur in seltenen Fällen parallel laufen. Die erstgenannten Ziele sind geradezu als Paradebeispiele enteignender Eingriffe bekannt. Das bedeutet, daß die aufgezählten Programmpunkte keine eindeutige Interpretation der verwendeten Gemeinwohlblankette ermöglichen und somit allenfalls Gesichtspunkte für die notwendig werdende Abwägung der sich gegenübertretenden Interessenantagonismen abgeben können. Zweifelhaft ist sogar, ob die aufgeführten Zwecke abschließend gemeint sind, ob also eine negative Begrenzung auf die genannten Ziele anzunehmen ist. Selbst das wäre allerdings wegen des weitgesteckten Rahmens keine erhebliche Behinderung eines durch die Gemein-

wohlklauseln ermöglichten freien behördlichen Planens. - Ähnlich kontrovers sind die programmatischen Ziele in den meisten wirtschaftslenkenden Gesetzen. Erwähnt seien beispielhaft §§ 5 bis 7 AußenwirtschaftsG, §§ 3, 4, 8 VIII, 10, 11 GetreideG, §§ 5, 6 S. 2, 10, 20 I Zi. 2 Milch- und FettG und die Präambel zum EnergieWG. Von gleicher Unbestimmtheit ist § 10 AusländerG.

Die wohl umfangreichste Gruppe von Gesetzen stellt allerdings jene dar, bei der weder eine ausdrückliche noch eine durch gesetzssystematische Auslegung auffindbare Zweckbegrenzung zur Präzisierung der tragenden Gemeinwohlklauseln zu führen vermag. In diesen Fällen von einem ohnehin häufig fiktiven "Willen des Gesetzgebers" zu sprechen, wäre nur eine Verdeckung subjektiver Dezision⁴⁾. Zwar soll keinem gänzlichen Verzicht einer auf diese Weise gewonnenen Begrenzung von Gemeinwohlblanketten das Wort gegeben werden, eine vorgängige Filterung und Beschränkung auf die nach der geltenden Verfassungsordnung zulässigen und dem Gesetzgeber aufgegebenen Gemeinwohlzwecke erscheint jedoch gerade bei den gesetzgeberisch nicht vorentschiedenen Blanketten unabweisbar, um überhaupt rationale Kriterien der Eingrenzung zu bekommen.

Für derartige Gesetze, mit dem gleichen Gewicht aber auch für alle sonstigen Gesetze, die ein öffentliches Interesse tatsächlich oder vorgeblich verfolgen, wird

4) An sich wäre der sogen. "Wille des Gesetzgebers" bei der Aufdeckung des Gesetzeszweckes, der tragenden Leitgedanken der gesetzlichen Regelung am ehesten verwendbar (vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960, S. 248).

eine Analyse der zulässigen Gemeinwohlinhalte und ihrer relativen Wichtigkeit notwendig. Unter der in anderem Zusammenhang begründeten⁵⁾ These, daß im demokratischen Staat jegliches Staatshandeln von einem Interesse der Allgemeinheit getragen sein muß, wird die Relevanz, die der inhaltlichen Bestimmung des rechtlich normierten Gemeinwohls zukommt, noch um vieles größer.

Historisch bedingte Sonderbedeutungen treten gegenüber systematisch begründbaren deutlich zurück. Diese Eingrenzungsmöglichkeiten aus der traditionell überkommenen Vorbelastung einer konkreten Begriffsvariante in einem spezifischen Zusammenhang lassen sich mitunter - trotz aller Vorbehalte gegen eine historisch argumentierende Auslegungsmethodik gerade bei den von der verfassungsrechtlichen Grundordnung stark abhängigen Generalklauseln des öffentlichen Rechts- noch hinreichend legitimieren. Beispiele dafür sind etwa im Enteignungsrecht zu finden, wo das "Wohl der Allgemeinheit" durchweg auf die Verfolgung solcher Gemeinschaftsinteressen beschränkt wird, die nicht fiskalischer Natur sind⁶⁾. Da die Enteignung dazu dient, den Sachnutzenswert gegen den Willen des Eigentümers für einen öffentlichen Zweck verfügbar zu machen, ohne gleichzeitig den durch den Gegenstand repräsentierten Vermögenswert anzutasten⁷⁾, mag darin eine auch jetzt noch anzuerkennende Einschränkung liegen. Anders steht es jedoch, wie

5) Siehe unten 7. Abschnitt, S. 133 ff.

6) StRspr. etwa RGZ 136, 113 (123). Weitere Nachweise auch aus der Literatur bei Günter Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung aus Aufopferung und Enteignung, Stuttgart 1961, S. 167 N. 275.

7) In diesem Sinne schon Max Layer, Principien des Enteignungsrechts, Wien 1902, S. 63; mit dieser Einschränkung wird meist der Unterschied zur Steuer begründet, siehe die Darstellung und Nachweise bis zur jüngsten Zeit bei Friedrich Klein, Eigentumsgarantie und Besteuerung, Steuer und Wirtschaft 1966, Sp. 433 ff (469 f).

zu zeigen sein wird ⁸⁾, mit der entsprechenden Reduktion bei sonstigen Gemeinwohlblanketten. Etwa beim "Öffentlichen Interesse" eine bedingungslose Ausklammerung des sogenannten Fiskalinteresses im Wege historischer Sinngebung hinnehmen zu müssen, wäre kaum tragbar ⁹⁾, da ganz zweifelsfrei das etwa in § 26 Abs. 1 ReichshaushaltsO enthaltene Gebot der wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung von Haushaltsmitteln von der Verwaltung zu beachten ist und einen Teil ihrer Erwägungen darzustellen hat. Daß die Beschränkung auf ein Mindestmaß an Ausgaben ihrerseits von einem Gemeinschaftsinteresse getragen ist, folgt aus der Aufbringungsweise durch Steuern. - Nicht zu den durch eine überkommene Kasuistik ausreichend begrenzbaren Generalklauseln öffentlichen Interesses gehören die polizeilichen Generalermächtigungen bei Störungen der "öffentlichen Ordnung und Sicherheit", obwohl ihre rechtsstaatliche Durchdringung häufig und in Kontrastierung zum Leistungsrecht hervorgehoben wird ¹⁰⁾. Ihr traditionelles Verständnis führt zu keiner befriedigenden, grundgesetzkonformen Verengung und Präzisierung ¹¹⁾, wobei die Bedenken wegen mangelnder Bestimm-

8) Siehe unten 3. Abschnitt, S. 49 ff.

9) Diese mit dem Abgabenrecht ohnehin unvereinbare Begrenzung hat Peter Häberle, "Fiskalische" Interessen als öffentliche Interessen, DVBL. 1967, S. 220, zutreffend angezweifelt. Die Frage ist jedoch, ob die gesamte Unterscheidung zwischen fiskalischem und hoheitlichem Bereich nicht obsolet geworden ist, nachdem der Staat das Schwergewicht seiner Gestaltungsmöglichkeiten in den Sozialbereich, d.h. in den durch Steuern und andere fiskalische Mittel bestreitenen Leistungsbereich, verlagert hat. Die Gleichbehandlung beider Bereiche wird nicht nur wegen der Grundrechtsbindung (vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, Karlsruhe 1967, S. 136 f m.w.N.), sondern auch wegen der Verpflichtung auf das Gemeinwohl wichtig (vgl. ferner Günter Dürig, Maunz-Dürig, Grundgesetz, München, Stand 1966, Rdzi. 134 ff zu Art. 1 III GG).

heit, die üblicherweise im Vordergrund stehen¹²⁾, nur eine Teilfrage betreffen.

c) Begriffsunterschiede und -gemeinsamkeiten

Für die Mehrzahl der eingangs genannten Gesetzesvorschriften versagen mithin sowohl gesetzesimmanente wie historisch begründete Auslegungswege, so daß sich das Problem stellt, wie dennoch eine Methode rationaler Inhaltsgebung gefunden werden kann. Ohne dem zu genügen, könnte der Bestimmungsvorgang kaum mehr als Ergebnis spezifisch juristischer Auslegung bezeichnet

-
- 10) Z.B. von Günter Dürig, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Rdzi. 81 zu Art. 2 I GG; ferner Gerhard Wacke, in: Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., Berlin 1961, S. 44 ff.
 - 11) Da hier die Affinität zum Gemeinwohl besonders stark ist, erweist sich die traditionalistische Auffassung, die Generalklauseln des Polizeirechts auch gegenüber Grundrechten weithin Vorrang genießen läßt (so Günter Dürig, Art. 2 des GG und die Generalermächtigung, AöR 79 (1953), S. 57 ff (76 ff)), besonderer Aufmerksamkeit bedürftig. Siehe dazu Helmut Quaritsch, Eigentum und Polizei, DVBl. 1959, S. 455 ff, dessen Lösungsweg über Art. 14 II GG allerdings ebenfalls wenig Hilfe bringt, weil Sozialpflichtigkeit und polizeiliche Ordnungspflicht gleichermaßen bestimmungsbedürftig sind.
 - 12) Wenn man schon zu einer positivrechtlichen, auf konkrete Schutzgüter bezogene Auffächerung in diverse Einzelermächtigungen nicht bereit ist (dafür Franz Mayer, Buchbespr. AöR 88 (1963), S. 100 ff (170 f) und Hans H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, S. 202 N. 328), und außer Bayern haben sich alle neueren Polizeigesetze dieser Lösung versagt, so führt die im folgenden versuchte Konkretisierung der Gemeinwohlklauseln einen - mitunter nur kleinen - Schritt weiter: Durch den Rückgriff auf anderwärts ausdrücklich positivierten, konkreten Schutzgüter werden auch die polizeilichen Generalklauseln einer inhaltlichen Begrenzung nähergebracht.

werden; er möge rein situationsbezogene Rechtssetzung, die sich subjektiver Dezision mit mehr oder weniger deutlich erkennbarer Befreiung aus der im öffentlich-rechtlichen Bereich geltenden Gesetzesakzessorietät ausgeliefert sähe.

So leicht der Nachweis zu führen ist, daß die üblichen Auslegungsmethoden - von den skizzierten Ausnahmefällen abgesehen - ohne großen Gewinn bleiben und im Extrem dahinführen, daß bereits jede nicht völlig abwegige Erwägung des Gesetzgebers oder der Verwaltung als durch das Gemeinwohl gerechtfertigt angesehen wird ¹³⁾, so groß sind die Schwierigkeiten, zu einer positiven Bestimmungsmethode mit gewisser Allgemeingültigkeit zu gelangen. Zur Vorbereitung dessen sei auf einige in ihrer Tragweite nicht recht erkennbare Unterschiede in der Terminologie der Blankettvorschriften einerseits und der trotz divergierender Begrifflichkeit bestehenden Gemeinsamkeiten andererseits aufmerksam gemacht.

Die Frage, die sich zunächst stellt, betrifft die fast bunte Wortfülle, die die Gesetzgeber anbieten, um die jeweils avisierten Gemeinschaftsinteressen zur Geltung zu bringen. Dieser Einfallsreichtum könnte einleuchten, wenn der jeweils benutzte Wortlaut offen-

13) In diesem verschwommenen Sinne RGZ 139, 6 (10), wo für ausreichend gehalten wird, daß "der Gesetzgeber sich von sachlichen Erwägungen leiten ließ und daß nach diesen Erwägungen der erstrebte Zweck wenigstens teilweise erreichbar schien". Kein Wort darüber ist zu finden, daß gerade der Zweck durch das Gemeinwohl determiniert sein muß. Kritisch Werner Weber, Eigentum und Enteignung, in: Die GRG II, Berlin 1954, S. 340, 382; v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, 2. Aufl. Berlin 1957, Anm. VII zu Art. 14, S. 445.

barte, welche konkreten Interessen der Allgemeinheit aus dem zweifelsfrei breiten Spektrum angesprochen sein sollen. Das ist jedoch nicht der Fall; eine Durchsicht der oben aufgeführten, üblichsten Generalklauseln und ihrer Verwendung in der Gesetzespraxis macht deutlich, daß den diversen Rechtsbegriffen als solchen in aller Regel weder aus ihrem systematischen Zusammenhang noch aus traditionellem, überkommenen Sonderverständnis Bedeutungsunterschiede zuwachsen, die als wesentlich hervorgehoben werden könnten.

Wenn man in der Bindung der Zuständigkeiten an das gemeine Wohl oder gleichartige Blankette ein einheitliches Konzept erblicken will, dann muß unbefriedigend bleiben, daß sich nicht feststellen läßt, warum eine dementsprechende, klare Rechtstechnik nicht angewandt wird und für gleiche Pflichten auch gleiche Termini gesetzt werden - eine Forderung, die neuerdings durch die Möglichkeit zum datenverarbeitenden Einsatz von Rechenmaschinen besonders drängend geworden ist ¹⁴⁾. Daß in der Feststellung, die Gesetzespraxis lasse keine durchgängig oder wenigstens überwiegend beachtete Systematik in der Verwendung bestimmter Gemeinwohlbegriffe für konkrete Zielsetzungen erkennen, keine will-

14) Diese sind, soweit etwa die Speicherung von Urteilsleitsätzen, Aufsätzen und dgl. zu Zwecken der Dokumentation und leichteren Auffindung unternommen werden wird, nur sinnvoll, wenn nicht die Hauptschwierigkeiten auf sprachlichem Gebiet liegen, weil es an einer gemeinsamen Rechtssprache fehlt. Vgl. zu der dadurch aufgeworfenen Problematik die Einführung von Spiros Simitis, Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme, RuSt 322, S. 16 ff; m.w. Nachweisen vgl. Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964, S. 46 ff (§ 3).

kürliche und unbelegbare Behauptung liegt, tritt in der Vielzahl der aufgeführten Beispiele deutlich hervor. Man mache sich etwa die Mühe, in den unterschiedlichen Blanketten, die in den Enteignungsregelungen der deutschen Verfassungen jüngerer Zeit und in den dazu ergangenen einfachgesetzlichen Ausführungsbestimmungen verwendet werden, sachliche Verschiedenheiten zu suchen. In diesem Rechtsbereich hat sich seit langem durch die Präponderanz der zivilgerichtlichen Rechtsprechung trotz von einander, wenn auch nur geringfügig abweichender Enteignungsregelungen ein Präjudizienfundus gebildet, der für Wandlungen kaum zugänglich ist, die nicht durch die Rechtsprechung selbst inauguriert werden. Wenn dennoch fast jedes Gesetz eine andere Formulierung wählt, um die Zulässigkeit der Enteignung an das Vorliegen eines vom Allgemeinwohl determinierten Gemeinschaftsinteresses zu binden, so müssen diese Divergenzen absolut unerfindlich bleiben.

Ein historischer Erklärungsversuch, der sich bei derart unmotivierten und in der sonstigen gesetzlichen Begriffsbildung nicht anzutreffenden "Stilübungen" des Gesetzgebers aufdrängt, führt nicht allzu weit. Zwar lassen sich gewisse altertümliche oder an eine bestimmte Geschichtsepoche gebundene Ausdrucksweisen erklären, für ihren Inhalt nach heutigem Recht und ihr Verhältnis zu anderen Blanketten ergibt sich daraus jedoch nichts; beispielhaft dafür seien Art. 153 III 2 WRVerf und § 70 I AktienG a.F. genannt. Vollends unerfindlich wird schließlich auch bleiben, warum ein und dasselbe Gesetz nebeneinander mehrere Gemeinwohlsynonyme ohne erkennbare Bedeutungsdivergenzen verwendet, vor allem, wenn nicht nur zwei bis drei, sondern im Extremfall bis zu sechs Varianten von Gemeinwohlblanketten (wie in der bayerischen Verfassung von 1946) auftauchen, ohne daß

zumindest die Motive für diese Differenzierung erkennbar würden. Daß diese Nachlässigkeit auch bei neuen einfachen Gesetzen anzutreffen ist, machen etwa das Bundesbaugesetz, das Bundesfernstraßengesetz und das Personenbeförderungsgesetz deutlich.

Die wenigen feststellbaren Gesetzmäßigkeiten bestehen darin, daß bei der Entschädigungsbemessung in einfachgesetzlichen Regelungen neuerdings kurzerhand der Wortlaut des Art. 14 III 3 GG wiederholt zu werden pflegt, ohne daß in dieser Gesetzespraxis die einzige Verwendungsweise läge. So sind etwa die §§ 3 III 1 und 20 I 1 BLeistGesetz Beispiele dafür, daß auch für andere Zusammenhänge die "Interessen der Allgemeinheit" apostrophiert werden. Eine weitere Sonderrolle spielt der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. In aller Regel handelt es sich um Fälle, die einen Anklang an polizeiliche Notwendigkeiten aufweisen. Eine aussagekräftige Präzisierung läßt sich angesichts der Fragwürdigkeit der überkommenen polizeilichen Generalklauseln aus dieser Verwandtschaft indessen auch nicht gewinnen.

d) Verpflichtende Wirkung

Versucht man den diversen Gemeinwohlbegriffen einen gemeinsamen Nenner zu geben, so lassen sie sich trotz geringer Bedeutungsunterschiede auf eine begrenzte Anzahl gesetzgeberischer Absichten reduzieren: sie stellen entweder eingriffslegitimierende Gemeinschaftsvorbehalte oder auch nur schlicht anweisende Richtlinien für staatliches Handeln dar. Insofern sind sie Maßstab für die Art und Weise eines hoheitlichen Eingriffs oder sonstigen Verwaltungshandelns. Eine weitere Gruppe von Blanketten gibt ein Richtmaß für die Art und den Um-

fang von restituierenden Entschädigungsleistungen, die dem Betroffenen geschuldet werden. Zu allermeist handelt es sich dabei um wörtliche Wiederholungen des Wortlautes von Art. 14 III 3 GG¹⁵⁾.

Läßt man diese auf Leistungen der öffentlichen Hand zugeschnittenen, seltener anzutreffenden Gesetzestatbestände im Hintergrund, dann lassen sich die positivrechtlich aufgefundenen Gemeinwohlblankette in folgende Regelanwendungsfälle einteilen: In der Mehrzahl stellen die genannten Normen Ermächtigungen zu staatlichen Eingriffen in den Individualrechtsbereich dar; in allen Fällen geben sie Anweisungen für den Inhalt der zu treffenden hoheitlichen Maßnahme oder für die zu beobachtende Verhaltensweise von Hoheitsträgern. Insofern äußern sie gleichzeitig ermächtigende wie verpflichtende Wirkung. Diese funktionelle Doppelung im Auge zu behalten, soviel sei vorweggenommen, ist für die inhaltliche Bestimmung von weittragender Bedeutung, weil über die Brücke der Pflichtbindung auch für die Ermächtigung jene Bindungen der öffentlichen Gewalt wirksam werden, die der Gemeinwohlbegriff nur im allgemeinen anspricht, die verfassungsrechtliche Kompetenz- und Grundrechtsordnung aber mit vergleichsweise größerer Schärfe

15) Daß damit der Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber, den das BVerfGE 4, 227 (235) strenger als die meisten Autoren verstanden wissen will, nicht eingehalten ist, steht auf einem anderen Blatt. Das Junktim fordert vom Einzelgesetz eine Konkretisierung der weit gespannten Entschädigungsrichtlinie des Art. 14 III 3 GG. Aus dieser Sicht handelt es sich zugleich um Probleme der Rechtsstaatlichkeit.

auferlegt ¹⁶⁾. Daß die Verpflichtungswirkung der Gemeinwohlblankette herkömmlich in den Hintergrund tritt und gegenüber der Ermächtigungsfunktion kaum beachtet wird, hat seine Ursache wohl darin, daß ebenso wie in der Grundrechtsdogmatik das Eingriffs- und Abwehrdenken vorherrscht.

Bleibt zunächst die im übrigen nicht durchgängig gekoppelte Funktion als Eingriffsermächtigung außer Betracht, so lassen sich sämtliche Vorschriften vereinfachend ausgedrückt als kompetenzbegrenzende, weil nur bei Bejahung eines gemeinwohldeterminierten Gemeinschaftsinteresses anwendbare Regelungen für die Ausübung hoheitlicher Befugnisse ansehen. Sie steuern die Wahrnehmung von Kompetenzen in der Weise, daß sie sie an das Vorliegen eines Gesamtinteresses binden und damit jede dadurch zugelassene Hoheitsausübung gleichzeitig auf das Gemeinwohl oder eine andere der genannten Begriffsvarianten verpflichten. Inwiefern darin eine Besonderheit gegenüber anderen hoheitlichen Kompetenzwahrnehmungen liegt, wird noch im einzelnen zu untersuchen sein.

16) Siehe dazu unten 7. Abschnitt, S.131 ff. Erwähnt sei nur beiläufig, daß die zweifache Funktion dort von besonderer Bedeutung wird, wo die durch Generalklausel erteilte gesetzliche Ermächtigung wegen Unbestimmtheit und Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip nichtig ist, die gleichzeitig verfügte Verpflichtung auf das Gemeinwohl im leistenden oder schlicht hoheitlichen Verwaltungsbereich aber aufrechterhalten werden kann. Zu denken ist dabei vor allem an die polizeilichen Generalklauseln, soweit sie zu unmittelbaren Vollzugshandlungen ohne Eingriffswirkung verpflichten, ferner an § 51 GewO, der als Entschädigungsregelung erhalten bleiben kann, als Eingriffsermächtigung jedoch erheblichen Zweifeln unterliegt.

Als Ergebnis dieses kurzen Überblicks sei festgehalten, daß sich allzu tiefgreifende Schlüsse aus dem jeweils vom Gesetzgeber verwandten Blankett in aller Regel nicht ziehen lassen ¹⁷⁾, wobei allerdings betont werden muß, daß der konkrete Gehalt, der zuweilen aus dem Gesetzeszusammenhang erschlossen werden kann, oder gar eine authentische Interpretation aus positivrechtlichen Gründen uneingeschränkten Vorrang genießen müssen. Da diese Bestimmbarkeitsmöglichkeit jedoch relativ selten besteht und der allerorten gegebene Rat, auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ¹⁸⁾, nicht weit von einer schlich-

17) Die Näherungswerte, die Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl. München 1965, S. 136 f - § 29 IV, zu geben bemüht ist, vermögen auch nicht weiter zu helfen, denn daß etwa das Wohl der Allgemeinheit "aus vielen besonderen .. Einzel- und Teilinteressen abgeleitet" ist (§ 29 IV d) besagt als Definition nicht eben viel. Wenn Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd, 9. Aufl., München 1966, S. 69, die Verweisung auf das Gemeinwohl als "logische Operation, die nicht im Bereiche der Ideologie und der Wertabwägung verbleibt", kennzeichnen zu können glaubt, und im gleichen Zusammenhang auf zwingende Sachgegebenheiten verweist, so trifft das nicht einmal das von ihm selbst genannte Beispiel, erspart aber vor allem nicht den Vorwurf, der jeder Deduktion aus der "Natur der Sache" zu machen ist (dazu i.e. Ralf Dreier, Zum Begriff der "Natur der Sache", Berlin 1965, bes. S. 114 ff und S. 125 N. 623), daß sie nämlich aus Seinskategorien Sollensnormen abzuleiten versucht. Vgl. Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl., Tübingen 1923, Neudruck 1960, S. 7 ff.

18) In diesem Sinne etwa Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München 1965, S. 137 - § 29 IV e.

ten Normativierung des Faktischen entfernt ist, stellt sich die Frage, ob und inwieweit den positionierten Gemeinwohlklauseln und vergleichbaren Synonymen ein gemeinsames Sinnverständnis unterlegt werden kann, das die zumeist ungenügenden gesetzesimmanenten, systematischen Interpretationsmöglichkeiten durch übergeordnete Gesichtspunkte wenigstens zum Teil ersetzen kann. Dabei wird vor allem zu klären sein, ob nicht zumindest eine einheitliche Bestimmungsmethode zu rational begründbaren Eingrenzungen führen kann.

2. Abschnitt

Gemeinwohl und vorpositive Normativität

=====

Was die Generalklauseln des gemeinen Wohls in dieser Hinsicht für eine nähere Untersuchung interessant macht, ist ihre Unbestimmtheit und Offenheit. Da alle genannten Generalklauseln offenbaren Blankettcharakter tragen, sind sie, ähnlich denen des Zivilrechts, einer willigen Anpassung an die jeweiligen Notwendigkeiten der Einzelsituation, aber nicht minder an die jeweiligen gesellschaftlichen und anderweit relevanten Anschauungen und Normen zugänglich. Es ist hier nicht der Ort, Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit derartiger Blankette im allgemeinen, insbesondere im Bereich des Privatrechts, nachzuspüren. Die Unsicherheit, die in gerichtlichen Urteilen wie in der Literatur bei der inhaltlichen Bestimmung anzutreffen ist, ließe es jedoch als Versäumnis erscheinen, die speziellen Gefahren zu übergehen, die von derartigen Generalklauseln gerade im öffentlichen Bereich, und zwar nicht nur im Eingriffsrecht, ausgehen. Hinzukommt die zunehmend häufiger hervortretende Neigung ¹⁾, auch im Leistungs-

1) Erich Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtssprechung, VVdStL 14, 96 ff (102 ff); Peter Badura, Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963, S. 313 ff. Eine uneingeschränkte diesbezügliche Verpflichtung vertreten, um nur einige zu nennen, etwa Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1. Aufl., Stuttgart 1964, S. 763 ff; Eberhard Lang, Staat und Kybernetik, Salzburg 1966, S. 54 ff; Jean Dabin, Der Staat, dt. Übersetzung Neuwied 1964, S. 57 ff. Daneben sind alle Arbeiten zu nennen, die von der katholischen Soziallehre ausgehen, etwa Arthur F. Utz, Sozialethik, Prinzipien der Gesellschaftslehre, 2. Aufl., Heidelberg 1964, vor allem S. 127 ff; Johannes Messner, Das Gemeinwohl, Osnabrück, 1962 passim.

bereich oder in der schlichten Hoheitsverwaltung ein ausschließliches oder zumindest zusätzliches Regulativ für positivrechtlich vernachlässigte Zonen im Gemeinwohl oder vergleichbaren Blanketten zu finden.

Während im Bereich des Zivilrechts die Gefügigkeit der Generalklauseln wegen der verhältnismäßig geringeren Dynamik zivilrechtlicher Institute, wegen des Vorrangs des erklärten Parteiwillens und der damit geschaffenen Korrekturmöglichkeiten und schließlich auch wegen der starken Verklammerung der Generalklauseln in einer relativ starren Kasuistik sich kaum rechtsgefährdend auswirken kann, bilden die vergleichbaren Blankette des öffentlichen Rechts, nicht zuletzt wegen ihrer häufigeren Verwendung, die Einfallstore außerrechtlicher Machtinteressen, Weltanschauungen, politischer Umwälzungen und auch ganz trivialer obrigkeitlicher Willkür.

Das hat Nachteile nicht nur für die aus rechtsstaatlichen Erwägungen zu fordernde Bestimmtheit der positivrechtlichen Begriffe, die das Gemeinwohl zur Geltung bringen sollen, es läßt vor allem den immer wieder unternommenen Versuch als wenig sinnvoll erscheinen, einen autonomen, von der jeweiligen Verfassung unabhängigen, ihr unter Umständen sogar entgegengesetzten Begriffsinhalt²⁾ statuieren zu wollen. Denn

2) Zu dieser fragwürdigen Annahme hat sich jedoch Peter Badura, Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963, S. 314, verführen lassen. Mit Recht kritisch Hans H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, S. 133 N. 80, und Peter Häberle, Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität, AöR 92 (1967), S. 259 ff (277), der mit Recht auf die verfassungsgeschichtlichen Beispiele solcher Entgegensetzung hinweist. Im Grunde verbirgt sich hinter den etwa von Werner Weber, in: Der Staat und die Verbände, Heidelberg 1957,

eines läßt sich, wie im folgenden gezeigt werden wird, mit Sicherheit ausschließen: Einen apriorischen Inhalt, von dem her sich ein materialer Staatsbegriff bilden ließe, zu dessen Wesensmerkmalen das Gemeinwohl gehörte ³⁾, wird man für keines der Gemeinwohlsynonyme auffinden können, es sei denn als Basis für solche Hypothesen wäre eine transzendente, mystische, religiöse oder "natürliche" Irrationalität, ein Glaubensbekenntnis annehmbar. Daß derartige Begründungen im säkularen Staat, dessen tragender Grund der Toleranzgedanke ist ⁴⁾, ohne jede Legitimität wären

S. 23, gegen den Verbandspluralismus vorgebrachten Argumenten dieselbe angeblich gemeinwohlde-terminierte und "objektiven Sachgesetzmäßigkeiten" folgende obrigkeitliche Denkweise. Daß im Bereich der Rechtspolitik und in revolutionären Bewegungen mit dem behaupteten Ungenügen der bestehenden Staatsordnung und deren Gemeinwohlwidrigkeit eine Legitimität erzeugt werden soll, bestätigt die Gefährlichkeit der Ablösung von der konkreten Staatsverfassung.

- 3) So etwa Godehard Ebers, Artikel "Staat" in: Staatslexikon (Görres), Bd IV, 5. Aufl., Freiburg 1931, S. 1806 f; ähnlich Georg v. Hertling, Recht, Staat und Gesellschaft, 6. Aufl., München 1918, S. 63. Neuerdings ebenso - vom Boden der katholischen Soziallehre - Wilhelm Walter, Die sozialethische Definition der Demokratie, Freiburg 1962, S. 13 m. w. Nachweisen.
- 4) Etwa Arnold Brecht, Politische Theorie, Tübingen 1961, S. 406 ff; Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit? Wien 1953, S. 45, Anm. 21; Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964, S. 253; Theodor Litt, Freiheit und Lebensordnung, Heidelberg 1962, S. 134 ff; Johannes Messner, Das Gemeinwohl, Osnabrück 1962, S. 73.

und darum als Bestimmungsfaktoren für positivrechtliche Begriffe nicht taugen, sollte nicht weiter bewiesen zu werden brauchen.

Werden derartige Erklärungsversuche, zu deren gegenwärtig einflußreichsten die katholische Soziallehre gehört ⁵⁾, ausgeschieden, dann bleiben die Schwierigkeiten für die inhaltliche Bestimmung des Gemeinwohls gleichwohl groß. Die auf vergleichbarer Ebene liegende, ebenfalls ungelöste und wohl auch abschließend kaum lösbare Problematik, der die normative Erfassung und Auslegung der Grundrechte wegen ihres teilweise oder gar überwiegend bekenntnishaften, blankettartigen Inhalts begegnet, mag daran erinnern. Daß dieses Dilemma stärker noch als für die im politischen

-
- 5) Auch für die um das gegenwärtige Verständnis des Gemeinwohls bemühte, eingestandenermaßen auf metaphysischem Schöpfungsglauben basierende katholische Soziallehre gilt allerdings die polemische Bemerkung von E. Schott (Zt. f. syst. Theol. 24 (1955), S. 176 - zitiert nach Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962, S. 231 f; vgl. auch S. 237 ff), daß viele Früchte vom Baum der Vernunft am Baum der Offenbarung gepflückt werden. Die Gemengelage metaphysischer, soziologischer und rechtskultureller Determinanten erweist auch sie als Kind ihrer Zeit und macht sie insofern auch für die Exegese positivrechtlicher und rechtstheoretischer Gemeinwohlblankette interessant.

Grundlegend sind für die gegenwärtige Lehre die beiden Werke von Johannes Messner, Das Naturrecht, 3. Aufl., Innsbruck 1958, und Arthur F. Utz, Sozialethik I, 2. Aufl., Heidelberg 1964. Ferner sind zu nennen Oswald v. Nell-Breuning, Artikel "Gemeinwohl, Gemeingut" und "Solidarismus" in: Wörterbuch der Politik (Herder), Heft I, 2. Aufl., Freiburg 1954 und Heft V 1951; weitere Nachweise aus der früheren Zeit bei Richard Thoma, in: HDStR II, § 71 3. I. a), S. 138 N. 69. Ähnlich auch Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964, S. 365 ff; Wilhelm Walter, Die sozialetische Definition der Demokratie, Freiburg 1962, S. 21 ff passim.

Kampf von Generationen inhaltsträchtig gewordenen Grundrechte für den Begriff des Gemeinwohls gilt, hat in jüngster Zeit mit am deutlichsten Ernst Hirsch formuliert: "Gemeinwohl (auch allgemeines Wohl) ist ein Formalbegriff, dessen Inhalt von der jeweils herrschenden Gruppe eines Gesellschaftsintegrats ideologiemäßig bestimmt wird und als rechtlich zureichender Grund für die rechtliche Regelung des Soziallebens im allgemeinen, daneben aber auch für besondere Eingriffe in die Individualssphäre dient" ⁶⁾.

Dem ist, soweit die rechtsphilosophischen und rechtspolitischen Inhalte des Gemeinwohlbegriffs zur Diskussion stehen, wenig hinzuzufügen; die Hoffnung, den Rechtsgrundsatz der Bindung aller staatlichen Gewalten an das Gemeinwohl und vergleichbare Begriffe jemals mit einem absoluten und unwandelbaren Inhalt erfüllen zu können, muß von vornherein begraben werden ⁷⁾. Dahingehende Versuche dienen, sofern sie sich nicht bei

6) Wörterbuch der Soziologie v. Bernsdorff-Bülow, Stuttgart 1955, S. 154. Ähnlich schon Rudolf v. Laun, Das freie Ermessen, Leipzig 1910, S. 66, 70: "Ermächtigung für die Behörden, aus eigener Machtvollkommenheit unbeeinflusst vom Gesetz festzusetzen, ..." und vor allem Max Weber, Gesammelte Schriften zur Soziologie und Politik, Tübingen 1924, S. 423.

7) Im Sinne politischer Offenheit haben sich ferner ausgesprochen: Gerhard Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 1. Aufl. Karlsruhe 1958, S. 121, 287; Joseph A. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 2. Aufl., Bern 1950, S. 399 ff; Dieter Oberndörfer, Politik als praktische Wissenschaft, in: Wissenschaftliche Politik, Freiburg 1962, S. 47; Jost Riedel, Gemeinwohl und Person, PVS 1961 (Jahrgang 2), S. 222 ff; Manfred Hättich, Demokratie als Herrschaftsordnung, Köln 1967, S. 106 f.

höherrangigen Normen, etwa des Verfassungsrechts oder völkerrechtlicher Grundnormen, rückversichern, nichts anderem als der Verschleierung. Im Gewande einer scheinbar objektiven, rational erfaßbaren Begrifflichkeit und Wahrheit pflegt der Versuch unternommen zu werden, subjektiven Zielen, Überzeugungen und Wertvorstellungen zu stärkerem Überzeugungswert und damit zur Legitimität zu verhelfen.

Gegen diese Versuchung vermag auch festester Vorsatz wenig, denn überall dort, wo kein absolut geltender Inhalt aufzufinden ist, mit gewissem Überzeugungswert aber "auslegungsweise" in die Blankettnorm hineingelesen werden muß, sucht sich die subjektive Deutung und Werterfüllung in scheinbar Objektivem abzusichern und sich so durch vorgeblich absolute Normen etwa naturrechtlichen, sachlogischen, sozial- oder religionsethischen Inhalts zu legitimieren. Da die Auffüllung des Normblanketts jedoch unvermeidbar subjektiv bleiben muß, wo die gleich- oder höherrangige Gesetzesordnung keine systematischen oder ergänzenden Auslegungshelfe zur Verfügung stellt, gehört das Zugeständnis solcherart subjektiver (dezisionärer) Normerfüllung bzw. Normsetzung an den Auftakt einer ehrlichen Normlogik. Daß sich die Diskussion über den Inhalt des Gemeinwohls dazu kaum vernehmen läßt⁸⁾, darf nicht verwundern, da

8) Als Ausnahme verdient erwähnt zu werden: Trotz dezidiertester Stellung in der katholischen Naturrechtslehre nimmt Arthur F. Utz, Sozialethik, Bd 2, Rechtsphilosophie, Heidelberg 1963, S. 34 f, diese Trennung vor. Besonders deutlich S. 112: "Anderes verhält es sich von jenem Augenblick an, da der Mensch sich selbst als Schöpfer einer Ordnung betrachtet, da er mit seiner praktischen Vernunft ein Ordnungssystem erfinden muß, ... Hier kann er nicht mehr Recht und Sittlichkeit identifizieren."

alle systematischen Untersuchungen durch den ideologisch festliegenden Standort ihrer Autoren eindeutig geprägt sind ⁹⁾.

Die Generalklauseln des Gemeinwohls und seiner Synonyme nehmen auf diesem Hintergrund die Gestalt von Rückverweisungen an, die ihren Inhalt entweder aus wiederum allgemeinsten Gesetzesprogrammen beziehen (etwa § 1 BBauG; § 1 FlurbereinigG; § 1 AtomG; §§ 3, 12 BBankG), aus der Verfassung oder aus außerrechtlichen Normkategorien gewinnen müssen, weil eine rechtliche Sollensnorm des positiven Rechts mit eigenständigem Regelungsinhalt regelmäßig fehlt ¹⁰⁾. An die Stelle einer gesetzgeberischen Entscheidung muß demgemäß eine zwar konkrete (nicht konkretisierende), qualitativ aber gleichartige Entscheidung der mit der Rechtsanwendung betrauten Organe treten. Daß das nicht allenthalben deutlich hervortritt, beruht

... Zwar ist Orientierungspunkt die Idee der Gerechtigkeit und des Gemeinwohls. Die menschliche Verwirklichung dieser Idee verlangt aber eine neue Rechtsschöpfung".

- 9) Als Ausnahme verdient bereits an dieser Stelle die Münchener Diss. von Günther Dürig, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs "öffentliches Interesse, München 1949, genannt zu werden. Beachtenswert ist das vor allem bei einem Autor, dessen enge Verpflichtung auf die katholische Soziallehre in anderen, späteren Veröffentlichungen deutlich hervortritt (etwa in der Apelt-Festschrift, 1958, S. 13 ff; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Rdzi. 15 zu Art. 1 Abs. 1, S. 9 N. 2). Darauf ist i.e. zurückzukommen; 7. Abschnitt, S. 132 f.
- 10) Die Regelungswirkung beschränkt sich auf die Rückverweisung auf außerrechtliche Kategorien und die mit der Blankettregelung notwendig verbundene kompetenzverschiebende Zuweisung. Darin kann man zwar keinen inhaltlich ausgeprägten, materialen Sollensbefehl sehen, wohl aber einen solchen mit organisationsrechtlichen Wirkungen.

auf der Verklammerung in Präjudizien und Similes, die ein dialektisches juristisches Verfahren zumeist gestatten. Es darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß in der Mehrzahl der Fälle eine uneingestandene Dezision vorliegt, die sich entweder konträr formulierter und damit allseitig verwendbarer Gesetzesprogramme, nicht ausreichend aufbereiteter und deshalb vielseitig handbarer verfassungsrechtlicher Leitgrundsätze oder schließlich sogar vorrechtlicher, religiöser, sozialetischer, naturrechtlicher oder vergleichbarer Sollensordnungen bedient. Die häufig schlagwortartige Verwendung des Sozialstaatsgebots ist ein typisches Beispiel. Damit kann der Schein erweckt werden, als handle es sich um ein rein erkenntnistmäßiges Verfahren, das die erhöhten Sanktionsfolgen des staatlichen Rechts zu rechtfertigen vermöge. Der verdeckt oder offen unterlegte Rückgriff auf objektive Sachgesetzmäßigkeiten und vorgeblich absolute außerrechtliche Normen kann jedoch nicht vermeiden, daß für die Blankettausfüllung letztendlich ein subjektives, an die Person des Rechtsanwendenden gebundenes Wert- und Ordnungssystem maßgebend wird. Wie sehr dieses Konzept gerichtspraktische Wirklichkeit ist, zeigt sich daran, daß in aller Regel kein Versuch unternommen wird, vorstaatliche Normen etwa des Sittlichkeitsempfindens durch empirische Verfahren, nämlich durch Sachverständigengutachten oder Meinungsumfragen festzustellen, um so Verfälschungen der tatsächlich geltenden und (mehrheitlich verstanden) vorherrschenden gesellschaftlichen Normen auszuschließen. Nur bei speziellen Verkehrssitten und Standesgewohnheiten wird es praktiziert.

In der Einzelentscheidung läßt sich das dezisionäre Entschließungsverfahren in der Präjudizien- und Simi-

lediskussion verdecken¹¹⁾, umso deutlicher tritt die Offenheit von Blanketten wie dem Gemeinwohl jedoch bei systematischen Untersuchungen hervor. Damit wird es in aller Regel leicht, die Darstellung ihres spezifischen ideologischen Gehalts zu entkleiden, auch wenn diese Wertvorstellungen, wie etwa die durch die katholische Soziallehre geprägten, mit der Behauptung auftreten, allein normativer Wahrheit zu entsprechen und allein mögliches (weil in der Offenbarung begründetes und naturrechtliches) Auslegungsergebnis zu sein¹²⁾.

Damit drängt sich die allein verfassungsrechtlich zu beantwortende Frage auf, wo die Grenzen zu ziehen sind, jenseits derer eine Auffüllung der staatlichen Normblankette durch außerrechtliche, gesellschaftliche, ethische oder auch nur historisch begründbare Sollensgebote und Wertvorstellungen zum illegitimen und darum zu verwerfenden Rechtsfindungsverfahren wird.

11) Am Beispiel des Parteifinanzierungsurteils des BVerfGE 20, 56 ff hat Dietrich Rauschning, Zur Methode der Entscheidung des BVerfG, JZ 1967, 346 ff, aufgewiesen, wie stark sich im Kleide des scheinbar rationalen Auslegungs(Schluß)verfahrens subjektive Dezision breit macht. Einen Vorwurf wird man dem Gericht angesichts der allzu unpräzisen Regelungen der Verfassung allerdings kaum daraus machen können. Der Verzicht auf solcherart Normausfüllung würde die Verfassungsgerichtsbarkeit weithin zur Unwirksamkeit verdammen, was nur denen begrüßenswert erscheinen kann, die ihren ganzen Optimismus in das verfassungsrechtliche Bewußtsein des Parlaments legen.

12) Diese Feststellung trifft bereits Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 5. Neudruck der 3. Aufl., Darmstadt 1960, S. 238. Siehe auch Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962, S. 242 f. Daß Einbrüche naturrechtlicher Wertentscheidungen sich auf diese Weise leichter vollbringen lassen als über die Brücke des zur Durchsetzung (Fortsetzung s. nächste Seite)

Jede Rechtsordnung steht vor dem Hintergrund von Geboten und Wertungen weltanschaulicher, wirtschaftlicher, kultureller, sozialeschischer Provenienz und empfängt von dort her inhaltsbestimmende Impulse ¹³⁾, sei es auf der Ebene der Rechtssetzung - das entspricht dem demokratischen Modell am besten und wird durch Art. 80 GG geboten - , sei es im Bereich der Rechtsanwendung. Es stellt sich daher in erster Linie die Frage, inwieweit die gesellschaftliche Normativität ins positive Recht soll eindringen können. Sieht man von revolutionären Situationen ab, so ist dies weitgehend eine Frage der positiven Gesetzesordnung selbst. Je allgemeiner und offener deren Begrifflichkeit bleibt, desto stärker dringt zwangsläufig bei der Konkretisierung der Sollensgebote Außerrechtliches ein, während gegen rigide und detaillierte Einzelregelungen des positiven Rechts kaum außerrechtliche Normkategorien sich werden vordrängen können, es sei denn, der Rechtsanwendende mißachtet seine Gesetzesbindung (Art. 1 III, 20 III GG) oder ist von dieser kraft positiven Rechts befreit ¹⁴⁾. Schließlich ist jener Kreis von Normen zu nennen, die auf keinerlei außerrechtlichen Fundus zurückführbar und daher auch unmöglich

ansonsten nur verfügbaren Widerstandsrechts sei nur erwähnt, da die Gefährdung des positiven Rechts insofern evident ist.

13) Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 337 ff; Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964, S. 215 ff (§ 20 IV); ferner Hans Gerber, Die Idee des Staates in der neueren evangelisch-theologischen Ethik, Berlin 1930, S. 14; Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, München 1928, S. 47; Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 4. Aufl., Stuttgart 1964, S. 192.

14) Als Beispiel seien einerseits das Gnadenrecht genannt, ferner auch die sogenannten geheimen Führerbefehle.

von dorthin auffüllbar sind: bloße Ordnungsvorschriften¹⁵⁾ und reine Definitionsnormen¹⁶⁾.

- 15) Dahin gehört etwa das Straßenverkehrsrecht, z.B. dessen Gebot, die rechte Straßenseite zu benutzen (§ 8 II 1 StVO). - Wer, wie Karl A. Bettermann, in: Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massenerscheinung, hrsg. v. Kuratorium "Wir und die Straße", 1961, S. 208, den Gehorsam gegenüber derartigen Vorschriften mit hohem ethischen Wert versehen möchte, weil diese Gehorsamspflicht die Fundamente des Staates ausmache, huldigt einem Staatsbegriff, der vom Selbstzweck des staatlichen Gehorsams ausgeht. Solcherart Staatsmystik sollte inzwischen überwunden sein. Werthhaft wird der Gehorsam gegenüber derartigen Ordnungsgeboten allenfalls durch seine Allgemeinheit: Weil die Gesetz gewordene Übereinkunft von jedermann beachtet zu werden pflegt, erwirbt sie die Eignung, andere Güter, die unbestreitbar als Werte verstanden werden, wie das Leben, die Gesundheit und das Eigentum der übrigen Verkehrsteilnehmer, zu bewahren und zu schützen. Dieser instrumentale (modale) Charakter gibt ihnen Rechtswert und sozialetischen Gehalt, nicht aber ein formales Gehorsamsprinzip obrigkeitlichen Angedenkens (vgl. Adolf Arndt, Gedanken zum Gleichheitssatz, Leibholz-Festschrift, Bd 2, Tübingen 1966, S. 183, der Ordnung an sich - im Gegensatz allerdings etwa zur Reinen Rechtslehre - als völlig wertlos bezeichnet).
- Gegen den ähnlich ausufernden Ordnungsbegriff des BVerfG im Handwerksurteil (E 13, 92 (107 ff)) kritisch Hans H. Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rspr. des BVerfG, AöR 92 (1967), S. 234 f. Die dort getroffene negative Aussage stellt allerdings nur den ersten Schritt dar, eine positive Ausfüllung des Gemeinwohlbegriffs wird nur möglich, wenn die durch ihn repräsentierten und geförderten Interessen in den Blick genommen und nach ihrem instrumentalen Wert für das Individuum gemessen werden (dazu unten Abschnitt 6. S. 123 ff.).
- 16) Hier wären etwa die §§ 90 bis 100 BGB und Art. 121 GG als Beispiele zu nennen.

Da den positivrechtlichen Begriffen des Gemeinwohls und den ihm vergleichbaren Blanketten - wie schon dargestellt wurde - keine im rein deduktiven Schlußverfahren präzisierbare, eigenständige Ausprägung widerfahren ist und auch rechtstechnisch gar nicht widerfahren kann, ohne sie gleichzeitig obsolet zu machen, kann der Rückbezug auf andere Normkategorien bei ihnen kaum geleugnet werden. Soweit sich dafür nicht die verfassungsrechtliche Ordnung anbietet, bleibt als Fundgrube allein die außerrechtliche Sollens- und Wertordnung, mag diese auch keine gleichgerichteten und damit legitimerweise transformierbaren Aussagen ergeben. Die bei den Generalklauseln des Gesamtinteresses und Gemeinwohls stärker als anderswärts hervortretende Koppelung an außerrechtliche Normen entläßt den Inkorporationsvorgang jedoch keineswegs aus dem Verantwortungs- und Erkenntnisbereich des Rechts. Im Gegenteil gebietet sie umso mehr das stete Bewußtsein, daß subjektiv gefundenen Entscheidungen metajuristischen Inhalts in das Gewand staatlicher Sollensgebote verholten wird; daß den bislang nur gesellschaftlich gebilligten oder mißbilligten Verhaltensnormen die Sanktionsfolgen der staatlichen Rechtsordnung beiseitetreten; und daß damit aus der pluralitär angelegten gesellschaftlichen Wert- und Sollensdiversität ein unmittelbar geltender staatlicher Normbefehl wird, für den naturgemäß die auf dem Toleranzprinzip¹⁷⁾ aufbauende Wertrelativität nicht mehr gelten kann, weil er diesseits des

17) Vgl. Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit, Wien 1953, S. 41 f. Im gleichen Sinne, wenn auch von anderem Ausgangspunkt, Arthur F. Utz, Sozialethik, Bd I, 2. Aufl., Heidelberg 1964, S. 326, wenn er aus der fehlbaren menschlichen Autorität folgert, daß sie nicht berufen sei, das eigene Urteil dem der anderen Gesellschaftsglieder aufzuzwingen. Vgl. ferner oben S. 9 N. 4

transformierenden Aktes der staatlichen Willensvereinheitlichung liegt und damit von der qualifizierenden Zurechnung auf den Staat aus der vorpositiven, gesellschaftlichen Normenpluralität herausgehoben wird.

3. Abschnitt

Historische Wandlungen und sozialetische Einflüsse

Die Breite der außerrechtlichen Einbrüche in die Generalklauseln der Gemeinwohlblankette sei in zwei Dimensionen demonstriert: an der Abhängigkeit des Gemeinwohlverständnisses von der wechselnden politischen ¹⁾ und verfassungsrechtlichen Ordnung und an

-
- 1) Auf die Abhängigkeit von der ökonomischen Leistungsfähigkeit und der Güterverteilung sei hier nur hingewiesen. Sie bedingt bestimmte gesellschaftliche Entwicklungsstufen, Staatszwecke und Staatsformen (vgl. Max Imboden, Die Staatsformen, Basel 1909, S. 19 ff; Otto Koellreutter, Artikel "Staat" in: Handwörterbuch der Rechtswiss., Bd V, Berlin 1928, S. 595; Dietrich Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 3. Aufl., Zürich 1950, S. 101 f; ferner Friedrich W. Hegel, Philosophie des Geistes § 540; Naturrecht und Staatswissenschaft § 274). Wo beispielsweise die Interessengegensätze durch teils tiefgreifende Not oder andere gesellschaftliche Abhängigkeiten verschärft sind und die zentrifugal wirkenden egoistischen Kräfte, weil naturgegeben absolut und unbeschneidbar, nicht mehr genügend ausgeglichen und integriert werden können, ist eine demokratische Staatsform kaum denkbar (etwa Herrmann Heller, in: Probleme der Demokratie, Berlin 1928, S. 35 ff, 40 ff, sowie Staatslehre, Leiden 1934, S. 216 f); sie ist bedingt durch das "agreement on the fundamentals" (Ernst Fraenkel, Strukturdefekte der Demokratie in "Beilage zum Parlament", 9/64, S. 13; Manfred Hättig, Demokratie als Herrschaftsordnung, Köln 1967, S. 106), abweichend Carl J. Friedrich, Demokratie als Herrschafts- und Lebensform, Heidelberg 1959, S. 67 f).

Der Staatszweck kann unter solchen Umständen nicht in der größtmöglichen Rücksichtnahme auf individuelle Interessen und persönliches Glücksstreben liegen, er muß auf möglichst schnelle Steigerung der gesamtwirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gerichtet sein, um in der kürzesten Frist zur Gewährleistung

der Parallelität des staatsrechtlichen mit dem - wegen seines besonders auffälligen Einflusses ²⁾ beispielhaft herausgegriffenen - sozialetischen Verständnis der christlichen Gesellschaftslehren.

Die mehr als bei anderen Blankettvorschriften des öffentlichen Rechts festzustellende Neigung, die Generalklauseln des Gemeinwohls durch das Rechtsprinzip der Bindung aller Staatsgewalt an das Gesamtwohl nicht nur zu interpretieren, sondern geradezu zu ersetzen, beruht einerseits auf der häufig leitlinienhaften Verwendung der Gemeinwohlblankette im positiven Recht - vor allem in den verfassungsrechtlichen Bestimmungen - , zum anderen aber auf der bereits dargestellten mangelnden Präzisierbarkeit durch gesetzesimmanente Auslegungsformen. Nur wenn man sich jedoch bewußt bleibt, daß es sich bei den positivierten Generalklauseln und dem Rechtsprinzip der Gemeinwohlbindung um Gegenstände verschiedener Kategorien handelt, lassen sich befriedigende Lösungen finden. Der Rückgriff auf historische Situationen, auf Antworten aus den Gesellschaftslehren und aus der Rechtsphilosophie bietet sich ohne größere Bedenken an, soweit das

einer menschenwürdigen Existenz aller imstande zu sein. Das Gemeinwohlverständnis hätte dem zu folgen; die beispielsweise für die katholische Kirche auffälligen Schwierigkeiten, einen Gemeinwohlbegriff zu entwickeln, der für die gleichzeitig bestehenden, unterschiedlichen staatlichen Entwicklungsstufen gleichermaßen paßt, werden in den Sozialenzyklien deutlich.

- 2) Besonders einflußreich sind kraft ihrer traditionell stärkeren Auseinandersetzung mit der Gesellschaftslehre die Beiträge von katholischer Seite. Seit Thomas von Aquin ist ihr das Gemeinwohl ein zentraler Gegenstand (vgl. dazu Arthur F. Utz, Sozialethik I, Prinzipien der Gesellschaftslehre, 2. Aufl., Heidelberg 1964, S. 131, 200 ff).

Rechtsprinzip in Frage steht. Hier können die aufgefundenen Aussagen, mediatisiert und konkretisiert durch die verfassungsrechtlichen Grundnormen, zur Bestimmung der aus der Gemeinwohlbindung entstehenden Pflichten der staatlichen Gewalten beitragen. Sehr entfernt ist dieses Ziel durch sie dagegen nur erreichbar, soweit die positivrechtlichen Generalklauseln präzisiert werden sollen. Nun sind jedoch sowohl die juristischen Wertungen im Bereich allgemeinsten Klauseln wie etwa des allgemeinen Wohls, der Gerechtigkeit, des Freiheitsverständnisses und dergleichen als auch die gesellschaftlichen, philosophischen und religiösen Parallelwertungen raum- und zeitgebundenen Determinanten unterworfen, die sie aneinander angleichen. Diese gemeinsame Grundtendenz bei der Inhaltsgebung macht es für die juristisch-dogmatischen wie rechtstheoretischen Begriffsbestimmungen zu einem zwar bei mangelnder Zurückhaltung gefährlichen, aber bei ausreichender Vorsicht fruchtbaren Verfahren, die gleichzeitigen Aussagen der anderen Sozialwissenschaften zu berücksichtigen. Für den naturwissenschaftlich-anthropologischen Fragenkreis ist dieses Bedingtsein der rechtlichen Ordnung ohnehin selbstverständlich. Mit sachgebunden größeren Einschränkungen gilt das aber auch für den sozialwissenschaftlichen und theologischen Normenbereich. Mit diesen Einschränkungen, die durch die ideologische Bedingtheit und die meist nur richtlinienhafte Definition des Vergleichsgegenstandes - wie zu ersehen sein wird - noch graviert werden, sind die folgenden Zeilen zu verstehen.

a) Staatszweck und Gemeinwohl

Die Geschichte der Lehre vom Staatszweck, mit dem der Begriff des Gemeinwohls seit jeher zuweilen gleichgesetzt ³⁾, zumindest aber inhaltlich erfüllt zu werden pflegt ⁴⁾, dokumentiert das gegenseitige Bedingtsein in zahllosen Beispielen. Die traditionell betont starke Verhaftung gerade der deutschen Staats-

3) Kurt Sonthheimer, Staatsidee und Wirklichkeit heute, in: "Aus Politik und Zeitgeschichte", Nr. 16/64, abgedr. in Fraenkel-Sonthheimer, Zur Theorie der pluralistischen Demokratie, Bonn 1964, S. 20; Sonthheimer gehört zu den wenigen, die auch heute noch Staatsinteresse und Gemeinwohl identifizieren; seine Ansicht wird dadurch gemildert, daß er nicht von einem überkommenen, sondern vom konkreten Staatsbegriff des Grundgesetzes her definiert. Vgl. ferner Wilhelm Hennis, Zum Problem der deutschen Staatsanschauung, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1959 (VII), S. 7. Aus der älteren Literatur vgl. zu diesem Problem Johann S. Pütter, Beiträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrecht, 1. Teil Göttingen 1777, S. 319, sowie in: Kurzer Begriff des deutschen Staatsrechts, Göttingen 1764, S. 48; Max Layer, Principien des Enteignungsrechts, Leipzig 1902, S. 203; Walter Merk, Der Gedanke des gemeinen Besten, Weimar 1934, S. 12, 55 f; Johann C. Bluntschli, Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl., Stuttgart 1875, S. 358 ff; Hans Krabbe, Die Lehre von der Rechtssouveränität, Groningen, 1906, S. 210 ff; Paul Laband, Die rechtliche Natur des Retrakts und der Expropriation, AcP 52 (1869), S. 170; Johann Viktor Bredt, Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen, Leipzig 1909, S. 125; Godehard Ebers, Art. "Staat" in: Staatslexikon (Görres), Bd IV, 5. Aufl., Freiburg 1931, S. 1825. Eine Fülle weiterer Nachweise für die Zeit des 18. Jahrhunderts bringt F.X. Funk, Die Auffassung des Begriffs der Polizei im vorigen Jahrhundert, Zges StWiss 19 (1863), S. 489 ff (496, 500 ff); vgl. ferner Franz-Ludwig Knemeyer, Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts, AöR 92 (1967), S. 153 ff (167).

4) Aus der Gesetzgebung vgl. Art. 3, S. 2 BayVerf von

rechtslehre zunächst mit dem Wohlfahrtsgedanken und später mit der sozialen Verpflichtung des Staates, die unlängst Hans Maier⁵⁾ ins Bewußtsein zurückgerufen hat, forderte zu einer beständigen Auseinandersetzung mit dem Gedanken des allgemeinen Wohles heraus und läßt daher die Affinität von Staatszweck und Gemeinwohlverständnis deutlicher als anderwärts hervortreten. Dementsprechend war das Zurücktreten wohlfahrtspolizeilicher Aufgaben, das mit der restriktiven Auslegung der polizeilichen Generalklausel im Kreuzbergurteil des PreussCVG⁶⁾ seinen Abschluß gefunden hat, eine Entwicklung, die das in der polizeilichen Generalklausel eingefangene Gemeinwohlverständnis des Allgemeinen Landrechts aufgelöst hatte und dem bürgerlichen Liberalismus des Spätkonstitutionalismus endgültig auch im verwaltungsrechtlichen Bereich Bahn gebrochen hatte⁷⁾. Die zeitliche

1946; Art. 1 II 1 BadWürttVerf 1953; Art. 1 Franz-Verf v. 1893; Art. 2 SchweizVerf 1874, Präambel AmerikaVerf. Aus der Literatur vgl. Oswald v. Nell-Breuning, Wörterbuch der Politik, Heft 1, 2. Aufl., Freiburg 1954, Sp. 56; Klaus Hespe, Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Köln 1964, S. 12; Werner Kagi, Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision, Verhandl. d. schweiz. Juristentages 1956, Heft 4, S. 739 a ff (816 a f): "Die Staatsidee ist gleichsam die Entelechie, ... der oberste Richtpunkt für die Auslegung: Die Grundnormen für die Freiheit, der sozialen Gerechtigkeit, der demokratischen Freiheit, der rechtsstaatlichen Ordnung. Vgl. ferner Wilhelm Walter, Die sozialethische Definition der Demokratie, Freiburg 1962, S. 22 passim.

5) Hans Maier, Ältere deutsche Staatslehre und westlich politische Tradition, RuSt 321, Tübingen 1966, S. 24 ff; siehe ferner F.X.Funk, ZGesStWiss 19 (1863), S. 524 ff.

6) Urteil vom 14. Juni 1882 (ProVGE 9, 353 ff).

7) Daß auch diese Sicht einseitig ist, wird neuer-
(Fortsetzung s. nächste Seite)

Verzögerung gegenüber der früher auftretenden Wandlung in der politischen Ideengeschichte ist als durchaus typisch anzusprechen.

Die im englischen Recht frühzeitig stattfindende materiale Entleerung des Begriffs Common-Wealth⁸⁾ ist insofern ein Anzeichen für die verschiedene staatliche Entwicklung. Es soll hier nicht unternommen werden, die Bedeutungsinhalte im Wandel der Zeitströmungen und Staatsformen für Gemeinwohl- und Staatszwecklehren i.e. zu verfolgen. Es genügt der Hinweis, daß beider Inhalt geschwankt hat; so vielfältig sich die Ansichten über die jeweils verfolgten oder auch nur vorgegebenen Staatszwecke geändert haben⁹⁾, so zahlreich sind auch die in der Rechts-

lich unter Hinweis auf Robert v. Mohl (Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats, 3. Aufl., Tübingen 1866, Bd I, S. 19, 23) und Lorenz v. Stein (Die Verwaltungslehre, 2. Aufl. Stuttgart 1869, Teil I/1: Die vollziehende Gewalt, S. 31) zunehmend stärker betont (vgl. neben der vorstehend genannten Schrift von Hans Maier insbes. Erich Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStL 14 (1956), S. 106; jeweils mit weiteren Nachweisen). Daß darin auch - wenn man von der gerichtlichen Praxis absieht - weiterhin eine Staatsaufgabe gesehen wurde, erweist die im Kaiserreich begonnene, vorbildgebende Sozialgesetzgebung (vgl. das Bismarckzitat bei Becker aaO.).

- 8) Wilfried Weustenfeld, Die Bedeutung des 'Gemeinwohls' im Rechts- und Staatsdenken der Gegenwart, Diss. Münster 1962, S. 10.
- 9) Guter Überblick bei Hans v. Frisch, Die Aufgaben des Staates in geschichtlicher Entwicklung, in: Handbuch d. Politik, Bd I, Berlin-Leipzig 1912/13, S. 46 - 64; ausführlicher Hans Hug, Die Theorien vom Staatszweck, Diss. Zürich, Winterthur 1954; vgl. auch Herbert Krüger, Allg. Staatslehre, 1. Aufl. 1964, S. 759 ff.

theorie behaupteten und denkmöglichen Inhalte des Gemeinwohls ¹⁰⁾. Trotz gewisser Phasenverschiebungen zwischen Staatsrecht und Verwaltungsrechtseinrichtungen teilt das Verständnis des Gemeinwohls - das hat schon Walther Merk herausgearbeitet ¹¹⁾ - das Schicksal des nie aufgegebenen Versuches, die Staatsaufgaben jenseits der positiven Rechtsordnung zu legitimieren. Vom mittelalterlichen Staatsziel, Rechtsfrieden und Gerechtigkeit zu schaffen, über die neuzeitliche Ausrichtung des aufgeklärten Polizeistaates, Wohlfahrt und Glückseligkeit der Untertanen zu befördern ¹²⁾, über den liberalistischen

-
- 10) Max Layer, Principien des Enteignungsrechts, Leipzig 1902, S. 176 ff, mit ausführlichen Nachweisen aus der Literatur des 19. Jh. (S. 181 ff); Walther Merk, aaO., der allerdings die hier vornehmlich interessierende Zeit des 19. und 20. Jahrhunderts stark vernachlässigt hat. Ferner Wilfried Weustenfeld, aaO., S. 21 - 30. C.E. Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht, Hirths Annalen 1884, 321 ff. Einen Abriß der Geschichte der diesbezüglichen kath. Soziallehre bringt Arthur-Fridolin Utz, Sozialethik, Bd I, Die Prinzipien der Gesellschaftslehre, 2. Aufl., Heidelberg-Löwen 1964, S. 198 - 226. Utz verwendet abweichend von der üblichen Terminologie für das konkrete staatliche Gemeinwohl den Begriff der Sozialgerechtigkeit, meint jedoch dasselbe. Für die Zeit des NS-Staates vgl. Klaus-Günther Heß, Der Begriff "Allg. Wohl" i.d. neueren Gesetzgebung, Diss. Kiel 1937, Würzburg 1937.
- 11) aaO., S. 12, 55 f.
- 12) So etwa Carl G. Suarez, Vorträge über Recht und Staat, Köln 1960, S. 64 f; Johann H.G. v. Sonnenfels, Handbuch der Polizeiwissenschaft, Königsberg 1782, § 4; Josef v. Sonnenfels, Handbuch der inneren Staatsverwaltung, Bd I, Wien 1798, § 3; weitere Nachweise bei Michael v. Reusner, Gemeinwohl und Absolutismus, Berlin 1904, S. 3 ff und F.X. Funk, Zur Auffassung des Begriffes der Polizei im vorigen Jahrhundert, ZGesStWiss 19 (1863), S. 489 ff (500 ff).

"Nachtwächterstaat" mit seiner Selbstbeschränkung auf Rechtsschutz- und Sicherheitsgewähr ¹³⁾, über den imperialistischen Machtstaat bis schließlich zum modernen Sozialstaat ¹⁴⁾ hin hat der Sinngehalt des Gemeinwohlgedankens alle Schwankungen mitvollzogen, denen das Verständnis des Staates, seiner Befugnisse, Aufgaben und Begrenzungen unterworfen gewesen ist.

Diese Abhängigkeit von dem jeweiligen staatsphilosophischen Hintergrund wie auch von der verfassungsrechtlichen Situation, in die der Begriff des Gemeinwohls gestellt ist, weist ihn auch in empirischer Sicht als relativistischen Wert aus. Damit wird die notwendige Anpassung aufs Neue deutlich, die dazu drängt, seinen Bedeutungsinhalt, aber auch die Verfahrensmaximen, in Verfolg deren das Gemeinwohl und ähnliche Blankette erfüllt werden, juristisch auf die Ebene des demokratischen Staates zu heben, sie aus der scheinbar objektiven Wertigkeit möglichst zu befreien und den Scheidepunkt zwischen normativer Auslegung und dezisionistischer Werterfüllung aufzuzeigen.

-
- 13) Daß die liberal-rechtsstaatliche Ideologie des 19. Jh. die vom Wohlfahrtsgedanken geprägte traditionelle Staatslehre zu keiner Zeit ganz hat erobern können, hebt Herbert Krüger zurecht hervor (Allg. Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 796 f. m.w. Nachweisen). Seinen Zitaten hinzuzufügen ist allerdings vor allem Lorenz v. Stein, bei dessen "sozialer Monarchie" die wohlfahrtsstaatliche Tendenz deutlicher als bei allen führenden Staatsrechtslehrern hervorgetreten ist.
- 14) Die dezidierte Verknüpfung, die Ernst Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 118 ff, zwischen Gemeinwohl und Sozialstaatlichkeit herstellt, kann nur unterstrichen werden. Allerdings wäre - was Benda aber auch nicht behauptet - eine Verkürzung allein auf diesen Bezug nicht annehmbar.

b) Das Parallelverständnis der christlichen Sozial-
lehren

Für Anleihen im außerrechtlichen Bereich bietet sich die katholische Soziallehre schon deswegen vorzugsweise an, weil ihre naturrechtlich scholastische Tradition seit jeher dem Begriff des Gemeinwohls, des bonum commune, eine zentrale Stellung zugewiesen hatte. Auch die gegenwärtige katholische Naturrechtsdoktrin versteht sich als in dieser thomistischen Überlieferung ruhend ¹⁵⁾. - Demgegenüber versucht die evangelische Sozialethik erst in jüngerer Zeit eine umfassende Gesellschaftslehre zu entwickeln, sie mißt dementsprechend dem Begriff des Gemeinwohls keine vergleichbare Bedeutung zu. Ihr Zentralbegriff ist der der Nächstenliebe ¹⁶⁾, die allerdings individualistisch, d.h. immer einem Menschen dienend, verstan-

-
- 15) Arthur F. Utz, Sozialethik I, 2. Aufl., Heidelberg 1964, S. 168 ff, 200 ff; Antoine Verpaalen, Der Begriff des Gemeinwohls bei Thomas v. Aquin, Heidelberg 1954. Die hier gegebene Darstellung der katholischen Soziallehre stützt sich außer auf das bereits genannte Werk von Arthur F. Utz, insbesondere auf Johannes Messners Naturrecht, 3. Aufl., Innsbruck 1958 und Das Gemeinwohl, Osnabrück 1962, sowie auf die Beiträge von Oswald v. Nell-Breuning im Wörterbuch der Politik (Herder), Freiburg 1947 ff.

Über die ältere Lehre informieren ausführlich Rudolf Kaibach, Das Gemeinwohl und seine ethische Bedeutung, Düsseldorf 1928 (betont durchaus zeitgemäß starken Vorrang der Gemeinschaft vor dem Individuum) und Wilfried Weustenfeld, Die Bedeutung des Gemeinwohls im Rechts- und Staatsdenken der Gegenwart, jur. Diss. Münster 1962, S. 29 ff. Einen darstellenden Abriß gibt Johannes Messner, Das Gemeinwohl, S. 124.

- 16) Paul Tillich, Liebe, Macht, Gerechtigkeit, Tübingen 1955, S. 24 ff; Heinz-Dietrich Wendland, Person und Gesellschaft in evangelischer Sicht, Gandersheim 1963, S. 11 ff, 47 ff; Erik Wolf, Recht des Nächsten, Frankfurt 1958; Eduard Spranger, Lebensformen, 8. Aufl., Tübingen 1950, S. 194 ff.

den wird, wobei die Frage der Institutionalisierung lebhaft umstritten ist. In der katholischen Lehre wird der Nächstenliebe nur teilweise dieselbe Bedeutung zugemessen ¹⁷⁾, die meisten Autoren kontrastieren sie zur sozialen Liebe und verstehen unter dieser die auf das Gemeinwohl verpflichtete, unter jener die auf ein bestimmtes Individuum bezogene Liebe ¹⁸⁾. In dieser auf die Enzyklika "Quadrogesimo anno" (1931) zurückgehenden Differenzierung ¹⁹⁾ ist nur die soziale Liebe für den sittlichen Inhalt des Gemeinwohls bedeutsam; sie tritt der Sozialgerechtigkeit zur Seite und macht mit dieser zusammen die durch das gemeine Wohl begründeten menschlichen Pflichten aus ²⁰⁾.

Die aus der evangelischen Sozialethik für den Begriff des Gemeinwohls erschließbaren Aussagen betreffen in aller Regel nicht den Gegenstand selbst, sondern die Einstellung zur Gemeinschaftsidee und ihrem Verhältnis zur Individualität. In diesem Bereich sind - veranlaßt durch Martin Luthers obrigkeitlichen Ordnungsgedanken ²¹⁾ - die Weichen bis

17) Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., Innsbruck 1958, S. 396 ff.

18) Arthur F. Utz, Sozialethik I, 2. Aufl., S. 167, 197 f; Oswald v. Nell-Breuning, Wörterbuch der Politik (Herder), Heft I, 2. Aufl., Freiburg 1952, Sp. 35; kritisch Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 401 - 403.

19) No. 88, 137.

20) Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 397 f; Arthur F. Utz, Sozialethik I, 2. Aufl., S. 197.

21) Darüber Otto Dibelius, Obrigkeit, Stuttgart 1963, S. 53 ff. Eine kurze Information gibt auch Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1956, S. 294 ff. Daß daneben auch der Hegelsche

zur Mitte dieses Jahrhunderts sehr einseitig gestellt gewesen. Unter der Herrschaft nationalstaatlichen Gedankengutes behauptete sich in einer breiten Strömung das Primat der als Organismus verstandenen, von Gott eingesetzten (staatlichen) Gemeinschaft, in die der einzelne als Glied gestellt ist und der zu Diensten er allein eine Erfüllung seines Menschseins erreichen könnte ²²⁾. Die damit einhergehende Aufhebung des personalautonomen Daseins bedeutete, weil sie das religiöse Freiheitsverständnis - Freiheit zum Dienst ²³⁾ - in die gesellschaftliche Ebene übertrug, in Wahrheit eine Aushöhlung des existentiellen Wertstrebens, wenn nicht eine totale Entrechtung des Individuums zugunsten eines etatistischen Gemeinschaftsbegriffs ²⁴⁾.

Der in der neueren evangelischen Lehre stärker hervortretende Personalismus ²⁵⁾ deutet die Vereinzelung des

Determinismus, vor dem die Individualität der Einzelpersönlichkeit zu weichen hat, bestimmend gewesen ist, hat vor allem Herrmann Heller, Hegel und der Machtstaatsgedanke in Deutschland, 1921, Neudruck Aalen 1963, S. 201 ff, deutlich gemacht.

- 22) In diesem Sinne etwa Hans Gerber, Die Idee des Staates in der neueren evangelisch-theologischen Ethik, Berlin 1930, passim, insbes. 35, 46, 74 f; Friedrich Brunstäd, Deutschland und der Sozialismus, Berlin 1924, S. 105, 123; Emmanuel Hirsch, Deutschlands Schicksal, 2. Aufl., Göttingen 1922, S. 71 ff.
- 23) Heinz-Dietrich Wendland, Person und Gesellschaft, Bad Gandersheim 1963, S. 10 f, 17 f.
- 24) Theodor Litt, Individuum und Gemeinschaft, 3. Aufl., Leipzig 1926, S. 222 ff, 284 ff, 332, hat diesen Universalismus trotz Ablehnung einer individualistischen Sicht frühzeitig verworfen.
- 25) Erik Wolf, Recht des Nächsten, Frankfurt 1958, S. 16; siehe ferner Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962, S. 196; Heinz-Dietrich Wendland, Artikel "Sozialer Wandel" in: Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart 1966, Sp. 2046.

Menschen keineswegs im Sinne eines individualistischen Liberalismus, sondern bettet sie in eine sittliche Verpflichtung gegenüber der Gemeinschaft ein; die Eingliederung beläßt dem Individuum jedoch mehr als nur die Stellung eines Organismusgliedes. Die pluralitär geformten Organisationen, einschließlich des Staates, deren der Mensch bedarf, werden als Hilfsinstitutionen des selbstverantwortlichen individuellen Wertstrebens gesehen ²⁶⁾, eine Sicht, die der bis in jüngste Zeit vorherrschenden Richtung stark entgegengesetzt ist. Vermittelt wird diese Hilfe der Gemeinschaft durch Partnerschaft, soweit persönliche Mensch-zu-Mensch-Beziehungen angesprochen sind ²⁷⁾, oder durch die organisierte Gemeinschaft in ihren zahlreichen Gliederungen, zu denen auch der Staat und andere öffentliche Körperschaften gerechnet werden, soweit institutionell organisierte

26) Dietrich v. Oppen, Das personale Zeitalter, Stuttgart 1960, S. 30, 34 ff; Heinz-Dietrich Wendland, Person und Gesellschaft, Bad Gandersheim 1963, S. 27, 29, 35. Entsprechend der allgemeinen Kulturkritik gefällt sich die evangelische Sozialethik darin, die Abhängigkeiten des einzelnen von den Darbietungen der organisierten Gemeinschaft, im wesentlichen vom Staat, überzubetonen. Die nur aus der zunehmenden Differenzierung im Arbeitsprozeß und aus der sozialstaatlichen Existenzsicherung folgenden subjektiven Leistungs- und Wertsteigerungen und die dadurch gewonnen effektiven Freiheitsbereiche werden dabei in einer Bauern- und Hans-Sachs-Romantik geflissentlich vergessen. Das abstrakte Freiheitsethos dient dem Habenichtsbild wenig. "Der Not fügt sich der gebeugte Nacken hinzu ..." (Ernst Bloch, Naturrecht und menschliche Würde, Suhrkamp-Gesamtausgabe, Bd VI, Frankfurt 1961, S. 309).

27) Dazu Dietrich v. Oppen, Das personale Zeitalter, S. 176 ff; Eugen Gerstenmaier, Stand und Rang in der modernen Massenwelt, Bad Godesberg, 1961, S. 38; Heinz-Dietrich Wendland, Person und Gesellschaft, S. 34 ff.

Hilfe gewährt wird²⁸⁾.

In merkwürdigem, nur durch das Bedürfnis und die vom Unbewußten diktierte Notwendigkeit transzendenter Begründung erklärbarem Widerspruch zu dieser personalen Deutung steht die These, daß weder Staat noch Gesellschaft auf die Menschenrechte, die politischen und sozialen Freiheitsrechte gestützt und von daher verstanden werden können²⁹⁾. Ursächlich für diese Ablehnung ist die irreale Vorstellung unbegrenzter Freiheiten des Individuums. Sie würde es in der Tat unmöglich machen, systemimmanent aus dem Partnerschaftsgedanken und der institutionellen Sozialverbundenheit zu genügenden Pflichtbindungen zu gelangen. Ist nicht eine zunächst zweckfrei gedachte Ordnung der Gesellschaft und des Rechts, sondern sind das gegenseitige "Sich-Fordern" und "Sich-Bedingen"³⁰⁾, mit anderen Worten: die Rechte der Mitmenschen, Grund der individuellen Gebundenheit, so kann die Art und Weise der gegenseitigen Hilfe, ob partnerschaftlich oder institutionell gegeben, nicht wesensverschiedene,

28) Arthur Rich, Christliche Existenz in der industriellen Welt, Zürich 1957, S. 91, 110; Heinz-Dietrich Wendland, Person und Gesellschaft, S. 49 ff.

29) Heinz-Dietrich Wendland, Person und Gesellschaft, S. 54.

30) In diesem Sinne Erik Wolf, Recht des Nächsten, Frankfurt 1958, S. 25. Rechtslogisch kann diese im Grundsatz der ausgleichenden Gerechtigkeit (Friedensordnung) begründete Anpassung der polaren Status allerdings ohne transzendente Bezüge begründet werden: durch das Aufgehen der subjektiven Rechte im objektiven Rechtssystem, damit Anarchie (Unrecht) vermieden werde.

sondern nur graduell differenzierte Dinge meinen. Insofern wäre der Bezug zu den Grundrechten und deren Gewährleistung durch die staatlichen Gestaltungsmöglichkeiten³¹⁾ unschwer herstellbar. Es entspräche auch durchaus dem Grundansatz der evangelischen Ethik, denn jedes für den gesellschaftlichen Bereich davon abrückende Modell geriete in Widerstreit mit der postulierten ethischen Pflichtbindung zum Dienst am Mitmenschen, die die individuelle Freiheit konstituiere³²⁾.

Die hinter diesen erst tastenden Schritten zu einer umfassenden Gesellschaftslehre stehende Gemeinwohlvorstellung läßt sich noch kaum in ein normativ auch nur annähernd verwendbares Ordnungssystem kristallisieren. Sie ist, das sollte dieser kurze, notwendig oberflächliche Überblick zeigen, noch zu diffus, als daß sie eine tragfähige Basis für eine Auffüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Gemeinwohls und seiner Synonyme bilden könnte. Ob das Grundprinzip der Nächstenliebe überhaupt als im staatlichen Gemeinwesen institutionalisierbar gedacht werden kann³³⁾, ohne seiner personalen Verhaftung gänzlich entkleidet zu wer-

31) Dieses Grundrechtsverständnis ist besonders dezidiert bei Peter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, Karlsruhe 1962, begründet. In ähnlichem Sinne Hans H. Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rspr. des BVerfG, AöR 92 (1967), S. 212 ff (225 ff).

32) Eduard Spranger, Lebensformen, 8. Aufl., Tübingen 1950, S. 195.

33) Darin läge eine gänzliche Aufgabe der Lutherischen Zwei-Reiche-Lehre (Erik Wolf, Das Problem der Naturrechtslehre, Karlsruhe 1955, S. 41 f).

den, ist überdies fragwürdig und auch in der evangelischen Lehre bestritten ³⁴⁾. Die noch darzustellende Entgegensetzung der Nächstenliebe zur sozialen Liebe ³⁵⁾ in der katholischen Lehre bestätigt diese Problematik.

Zusammenfassend ist die Feststellung kaum zu vermeiden, daß die evangelische Sozialethik keine ausreichende Vergegenständlichung des Gemeinwohlverständnisses bringt, auf die für die Inhaltsbestimmung des juristischen Begriffes auch nur ergänzend zurückgegriffen werden könnte. Hervorhebenswert ist allerdings die Schwenkung zu einem Personalismus, die für

-
- 34) Helmut Thielicke, Theologische Ethik, Bd II/2, Tübingen 1958, S. 397 (vor allem §§ 2191-93). Selbst Erik Wolf, Recht des Nächsten, Frankfurt 1958, S. 19, der ihr die verpflichtende Kraft eines Gebotes zur Solidarität beimißt, lehnt eine Positivierung der "rechtsgrundsätzlichen Weisung" in einzelnen Rechtssätzen ab. Ernst Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 94, betont richtig, daß der Schritt zur Rechtspflicht den totalitären Staat bedeute. Ablehnend auch Wilhelm Sauer, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1961, S. 136; Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962, S. 232 N. 82; Emil Brunner, Gerechtigkeit, Zürich 1943, S. 151 f. Bejahend vor allem Réné Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957, S. 416.
- 35) Enzyklika "Quadrogesimo anno" (1931), No. 88, 137; Arthur F. Utz, Sozialethik I, 2. Aufl., Heidelberg 1964, S. 167 f; Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., Innsbruck 1958, S. 396 ff. Messner definiert: "Die soziale Liebe ist die Bereitschaft des Denkens und Handelns aus Sorge um die Gemeinschaft und ihr Wohl. Der ... Verpflichtungsgrund ... ist demnach das Wohl der Gemeinschaft, nicht das Einzelwohl als solches wie in der Nächstenliebe." (S. 398 f)

die Grundrichtung der Gemeinschaftsidee und die Stellung des Individuums maßgebend ist.

Zu deutlicheren Aussagen führt die auf der scholastischen Naturrechtstradition aufbauende katholische Soziallehre. Gemeinsamer Ausgangspunkt ist auch hier in den neueren Darstellungen ein Personalismus ³⁶⁾, der die Gemeinschaft als pluralitär geformt ³⁷⁾ und instrumental den existentiellen Zwecken des Individuums dienend versteht ³⁸⁾. "Das Gemeinwohl als Ziel des gemeinschaftlichen Lebens besteht in der Vollendung des Menschen, soweit sie überhaupt mit gemeinschaftlichen Mitteln erreichbar ist." ³⁹⁾ Darum darf der Mensch nicht als bloßes Glied eines staatlichen Organismus verstanden und nie zum schlichten Mittel des gemeinschaftlich angestrebten Gemeinwohls herabgewürdigt werden ⁴⁰⁾. Sein Einzelwohl ist zwar bedingt durch die

-
- 36) Joseph Höffner, Christliche Gesellschaftslehre, 4. Aufl., Kevelaer 1965, S. 43; Romano Guardini, Welt und Person, 2. Aufl., Würzburg 1950, S. 164; Arthur F. Utz, Sozialethik, 2. Aufl., S. 316 m. w. Nachweisen.
- 37) Etwa Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 153 f, 156, 158, 184.
- 38) Modifizierend Oswald v. Nell-Breuning, Artikel "Gemeingut, Gemeinwohl" in: Wörterbuch der Politik I, 2. Aufl., Freiburg 1952, Sp. 53, der in der menschlichen Vervollkommenung zwar das Zielgut des Gemeinwohls sieht, aber die rein instrumentale Sicht ablehnt, weil die Gesellschaft nicht Summe der Glieder sei, sondern den Menschen als gesellschaftliches Wesen aufnehme.
- Das instrumentale Verständnis findet sich etwa bei Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 180 ff; Arthur F. Utz, Sozialethik I, 2. Aufl., S. 174 ff und 318, trotz des Vorbehaltes i.S. v. Oswald v. Nell-Breuning auf S. 111 f, 145.
- 39) Arthur F. Utz, Sozialethik I, 2. Aufl., S. 177.
- 40) Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 181; Oswald v. Nell-Breuning, Wörterbuch der Politik, Heft I, 2. Aufl., Sp. 56.

gesellschaftliche Verbundenheit und die Teilhabe am Gemeinwohl ⁴¹⁾, weil der Mensch ergänzungsbedürftig und auf fremde Hilfe angewiesen ist; das Gemeinwohl wird aber seinerseits durch diese Hilfsbedürftigkeit des einzelnen bestimmt, da es dem Menschen ermöglicht, durch seine Hilfe das individuelle Wertstreben zu vollbringen ⁴²⁾.

Das Gemeinwohl wird daher weder als Selbstzweck ⁴³⁾ noch als bloße Summe der Einzelwohle und auch nicht als Zusammenfassung der zivilisatorischen und kulturellen Institutionen gesehen. Daraus wird gefolgert, daß zwar die unmittelbare Versorgung des einzelnen durch die Gemeinschaft nicht vom Gemeinwohl gefordert wird ⁴⁴⁾, daß aber das Gemeinwohl die unabdingbaren Voraussetzungen ausdrückt, die zur eigenverantwortlichen Entfaltung erfüllt sein müssen ⁴⁵⁾. Nur wo die eigenverantwortliche Selbsthilfe versagt, kann und darf die subsidiäre Gemeinschaftshilfe einsetzen.

Funktion des Gemeinwohls ist die Sicherung einer Friedensordnung und allgemeinen Wohlfahrt. Soll jene das ungestörte, gemeinwohlbestimmte Glücksstreben

41) Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 126 f, 161, 183.

42) Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 158; Arthur F. Utz, Sozialethik I, 2. Aufl., S. 132, 286 f.

43) Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 180.

44) Oswald v. Nell-Breuning, Wörterbuch der Politik, Heft I, 2. Aufl., Sp. 55.

45) Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 158; Oswald v. Nell-Breuning, Wörterbuch der Politik, Heft I, 2. Aufl., Sp. 55.

aller ermöglichen, so hat diese die notwendigen Voraussetzungen zur seelischen, religiösen, geistigen, sittlichen, kulturellen, wirtschaftlichen und sozialen Entfaltung zu gewährleisten⁴⁶⁾. Insofern kommt dem Gemeinwohl gegenüber art- und ranggleichen Sondergütern ein höherer Wert zu⁴⁷⁾. Die Werthaftigkeit des Gemeinwohls folgt allerdings nicht aus einer Wertentscheidung aus menschlicher Willkür, sondern aus der menschlichen Natur, die in die Schöpfungsordnung eingebettet ist. Aus ihr ergibt sich auch die Ergänzungsbedürftigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Menschen; sein Willen kann jedoch nur im Rahmen dieser Naturordnung durch gemeinsames Wertstreben wirken⁴⁸⁾.

Die Rezeption des im politischen Bereich geborenen Freiheitsverständnisses - dies vermag der kurze Abriss vielleicht zu zeigen - stellt eine Abkehr von der älteren Richtung dar, wie sie noch zwischen den beiden Weltkriegen vertreten worden ist⁴⁹⁾. Insofern ist eine deutliche Parallele zur evangelischen Gesellschaftsdeutung auszumachen. Ob allerdings die Priorität der Idee in der christlich-theologischen Ethik statt im säkularen Bereich zu suchen ist, muß trotz

46) Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 159.

47) Oswald v. Nell-Breuning, Wörterbuch der Politik, Heft I, 2. Aufl., Sp. 55.

48) Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 159, 183; Arthur F. Utz, Sozialethik I, 2. Aufl., S. 174 f.

49) Etwa bei Rudolf Kaibach, Das Gemeinwohl und seine ethische Bedeutung, Düsseldorf 1928; Edelbert Kurz, Individuum und Gemeinschaft, München 1932; Eberhard Welty, Gemeinschaft und Einzelmensch, Leipzig 1935.

dahingehender Präntentionen zweifelhaft bleiben 50).

So deutlich die Ausstrahlungen der katholischen Soziallehre sich mitunter in der rechtlichen Diskussion - etwa bei Günter Dürig⁵¹⁾ - ausmachen lassen, zweifelhaft muß doch bleiben, ob ihnen für die Auslegung spezieller Generalklauseln, mögen diese auch wie die Gemeinwohlblankette sozialetischen Einbrüchen offen sein, allzu viel zu entnehmen ist. Die Parallelität der Grundstimmung zu den verfassungsrechtlichen Grundnormen etwa der Menschenwürde, des Rechts- und Sozialstaats, mag Veranlassung geben, bei Zweifeln der Rechtsdogmatik nach Anleihen

50) Die herbe Kritik, die sich insoweit gleichermaßen gegen die evangelische Theologie richtet, die Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962, S. 223 ff, erhoben hat, ist insofern gerechtfertigt. Trotz dezidiierter Stellungnahme für den modernen, freiheitlichen Personalismus betont Arthur F. Utz, Sozialethik I, 2. Aufl., S. 183, die zeitliche Verhaftung ehrlich und weist unter Bezugnahme auf Antoine Verpaalen die zahlreichen Versuche zurück (S. 316 f), die einen individual determinierten Personalismus und ein demgemäßes Gemeinwohlverständnis bereits bei Thomas von Aquin haben entdecken wollen. Andererseits behauptet auch er, daß die Freiheit als allgemeingültiges Prinzip (Subsidiarität) für jede Gesellschaftsordnung gelte (S. 289).

51) Beispielhaft mag die Erstreckung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffes auf "erdiente" Berechtigungen genannt werden (Günter Dürig, Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger, Apelt-Festschrift, München 1958, S. 13 ff (28 ff, 42 ff); ebenso gleichzeitig BSöZGE 5, 40 ff). Sie löst den Eigentumsbegriff zutreffend aus seiner kapitalistischen Einseitigkeit, die ihm im bürgerlichen Liberalismus zugewachsen war, und folgt darin den neueren päpstlichen Sozial-

im außerrechtlichen Bereich zu suchen, eben weil nicht nur die christlichen Soziallehren, sondern die Mehrzahl der zeitgenössischen philosophischen Strömungen sich weitgehend im Gleichklang mit den positivierten Grundnormen befinden ⁵²⁾. Eine unmittelbare Transformierung dürfte sich jedoch auf dem Weg über die Generalklauseln nicht empfehlen. Selbst ausdrückliche gesetzliche Normierungen haben bei zu starker Berücksichtigung von Einzelforderungen etwa der katholischen Soziallehre zu Mißerfolgen trotz Einhaltung der demokratischen Gesetzesform geführt. Als Beispiele mögen die umstrittene Subsidiaritätsregelung in den §§ 5 ff JugendwohlfahrtsG und in § 10 SozialhilfeG sowie die Überdehnung der Bekenntnistrennung im Volksschulrecht, die neuerlich in nahezu allen Bundesländern ernste Schwierigkeiten bereitet hat, dienen.

Im übrigen ist hervorzuheben, daß die konkreten Aussagen, die aus den Gemeinwohlvorstellungen gewonnen werden und werden können, nicht sehr zahlreich sind. Trotz Einigkeit in der grundsätzlichen Richtung

lehren (Vgl. dazu etwa Oskar Klug, Katholizismus und Protestantismus zur Eigentumsfrage, Rde 153/4, Reinbek 1966, S. 68 ff; Josef Bless, Mater et Magistra und praktische Wirtschafts- und Sozialpolitik, Stuttgart 1965, S. 115 f. Dasselbe Verständnis herrscht allerdings auch in der protestantischen Ethik (vgl. Konrad Stopp, Einkommen und Eigentum, in: Christ und Eigentum, Hamburg 1963, S. 12 ff (93), der betont, daß "mit zunehmender Entfernung des Eigentums von der Intimsphäre ... die Sozialpflichtigkeit des Eigentums" wachse.

- 52) Von daher sind auch die starken Anleihen zu verstehen, die Ernst Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 121 f, bei der katholischen Gesellschaftslehre nimmt.

zeigt sich auch in den christlichen Soziallehren das gleiche Phänomen, das im Bereich der rechtsphilosophischen und der rechtsdogmatischen Erörterung der Gemeinwohlproblematik anzutreffen ist: Man weiß sehr wohl die Grundfarbe anzugeben, die Einzelheiten des Bilds zu bestimmen, ist man jedoch dadurch nicht befähigt. Gerade das aber müßte die vorpositive Gemeinwohlvorstellung leisten, wenn sie sich anheischig machen will, Bestimmungsfaktor für positivrechtliche Begriffe zu werden.⁵³⁾ Daraus folgt, daß die immer wieder auftauchenden Bezugnahmen auf das christlich abendländische, das christlich humanitäre Sittengesetz⁵⁴⁾, auf die christlich abendländische Weltanschauung⁵⁵⁾ nichts zu bieten vermögen, was sich mit gleicher Konkretion nicht aus den Grundnormen der Verfassung ergäbe⁵⁶⁾.

53) Aus eben diesem Grunde hat sich BVerfGE 10, 59 (81) die Berücksichtigung von Naturrechtssätzen versagt.

54) In diesem Sinne Walter Hamel, Gewissensfreiheit im Grundgesetz, AöR 89 (1965) S. 322 ff (334).

55) BGHSt 8, 80, (83): comic strips erschwerten "in jungen Menschen den Aufbau der unserer christlich-abendländischen Weltanschauung...entsprechenden sittlichen Wertvorstellungen." Ähnlich BGHSt 6, 147 (151), wo die christliche Nächstenliebe zur Legitimierung des von 330c StGB ausgebrachten staatlichen Strafanspruchs herangezogen wird und (S.153) aus dem Sittengesetz das unbedingte Verbot abgeleitet wird, daß jemand selbstherrlich über sein Leben verfüge. Vgl. schließlich noch BVerwGE 9, 154 (156), das die Ehe als "der christlich-abendländischen Auffassung entsprechende Institution" bezeichnet, diese Vorstellung allerdings zutreffend dadurch relativiert, daß es die rechtliche Gestaltung dem jeweiligen Rechtsempfinden und der geltenden Verfassungsordnung überantwortet.

56) Widerspricht die ausserrechtliche der verfassungsrechtlichen Normativität, so verfällt sie im Moment der (unzulässigen) Transformierung ohnehin dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit und erübrigt sich deshalb.

4. Abschnitt

Gemeinwohl als Integrat oberster Grundwerte

=====

Letztlich entscheidend für die inhaltliche Bestimmung des Gemeinwohls und vergleichbarer Rechtsbegriffe ist selbstverständlich die Gewichtsverteilung und Rangstufung in der nie auspendelnden Aporie ¹⁾ von individuellen Freiheitsrechten und Gemeinschaftsinteressen ²⁾. Sowenig wie die Gemeinwohlinhalte wird sie sich je in überzeitlicher Allgemeinheit fixieren lassen. Da die gegenwärtige, wie auch die vergangenen deutschen Verfassungen jedoch diesen Entscheidungsbereich traditionell durch eigene Wertsetzungen und Sollensgebote durchformt haben, seien die damit verbundenen Probleme zunächst zurückgestellt ³⁾.

- 1) Etwa Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1956, S. 147.
- 2) Eine Gleichsetzung von Gemeinschaftsinteressen und Gemeinwohl kommt selbst dann nicht in Betracht, wenn nur die vom Gemeinwohl modifizierten und legitimierten Gemeinschaftsinteressen anerkannt werden. Das Gemeinwohl umfaßt, wie im folgenden näher zu zeigen sein wird, nicht allein gemeinschaftliche Interessen; es kann vielmehr auch individualbegünstigend wirken, etwa soweit die Voraussetzungen zur individuellen Verwirklichung der subjektiven Rechte von Staatswegen geschaffen werden müssen. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf die sozialstaatlich motivierte Daseinsvorsorge und Existenzsicherung. Eine weitere Beziehung zwischen Gemeinwohl und Individualgütern liegt darin, daß das Gemeinwohl gewisse Individualinteressen unmittelbar enthält, repräsentiert. Als Beispiel dafür sei auf § 187 a StGB verwiesen; die besondere persönliche Schutzbedürftigkeit des im politischen Leben stehenden Verleumdeten konkurriert hier mit dem Gemeinschaftsinteresse an dessen öffentlichem Wirken. Ähnliche Konstellationen liegen Art. 46 bis 48 GG, 33 Abs. 2 GG und einer Vielzahl vergleichbarer Vorschriften zugrunde.
- 3) Siehe dazu unten 5. und 7. Abschnitt, S. 92 ff, 131 ff.

Bleiben die Grundrechte und ihre dirigierende Ausstrahlung ausgeklammert, so verlieren sich die durch das Gemeinwohl gesteuerten und ausgedrückten Zielsetzungen und Zwecke im Unbestimmten, aber dennoch verdächtig Anspruchsvollen. Einesteils tauchen hier die zu verselbständigtem Eigenwert erhobenen Staatsinteressen unter den Schlagwort der "Staatsraison"⁴⁾ und des "Staatswohls"⁵⁾ auf, wobei unter deren Deckmantel auch die Interessen des Apparates, in erster Linie dessen Machtbedürfnis, Zuflucht zu finden pflegen. Versagt man ihnen eine Bedeutung, die über die vom Wohl der Allgemeinheit geforderten und erlaubten staatlichen Aufgaben hinausgeht, so bleibt das in der literarischen Diskussion anzutreffende Spektrum von Gemeinwohldeterminanten dennoch breit genug, jede Phantasie zu überflügeln:

In den Begriff des Gemeinwohls werden gemeinhin, sofern über die Forderung nach schlichter Ordnung i.S.v. Chaos hinderndem Geordnetsein⁶⁾ hinausgedacht wird, fast lückenlos all jene - häufig naturrechtlich begründeten - Grundwerte des Rechts hineingelesen, die

4) Besonders deutlich in diesem Sinne Carl Schmitt, Politische Theologie, München 1934, S. 19, der die "zweifellose Überlegenheit (der Existenz des Staates) über die Geltung der Rechtsnorm" behauptet. Im Sinne einer selbständigen Staatsethik als Rechtfertigungsgrund staatlicher Machtentfaltung der Neuhegelianer Julius Binder, Staatsraison und Sittlichkeit, Berlin 1929, passim, S. 16, 40, 50 - Streitschrift gegen Friedrich Meinecke, Die Idee der Staatsraison in der neueren Geschichte, vgl. in der Ausgabe München 1957, vor allem S. 506 ff.

5) Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911, S. 138, setzte die These, daß staatliche Machtentfaltung und Selbstbehauptung Zwecke seien, "über dem ein höherer irdischer Zweck nicht gedacht werden kann". Vgl. ferner Heinrich v. Treitschke, Politik, Bd I, S. 87 ff, der das Vollkommenheitsstreben menschlicher Individuen zu Unrecht auf die

die Staats- und Rechtsphilosophie zu ihren Axiomen und Grundgedanken zählt ⁷⁾: Gerechtigkeit ⁸⁾, Gleichheit ⁹⁾ und Verhältnismäßigkeit ¹⁰⁾, Rechtssicher-

Korporation Staat überträgt und die Selbstbehauptung durch Machtanwendung zur obersten sittlichen Pflicht des Staates erhob; kritisch bereits Ernst Troeltsch, Privatmoral und Staatsmoral, in: Deutsche Zukunft, Berlin 1916, S. 76 f, trotz starker Hervorhebung des Gemeinschaftsgedankens und ausdrücklichem Rekurs auf die "Staatsmystik" (S. 39 f, 42)

- 6) Vgl. Manfred Hättich, Demokratie als Herrschaftsordnung, Köln 1967, S. 90 N. 13. Hans Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, Niedermeyer-Festschrift, Göttingen 1953, S. 279 ff (288 f), sieht in dieser Selbstbeschränkung zurecht nichts weiter denn einen Rechtfertigungsversuch für die Alleingeltung der positiven Rechtsordnung. Ebenso Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1956, S. 180 f. Vgl. auch oben S. 31 N. 15.
- 7) Über die ältere Ideengeschichte des Gemeinwohlverständnisses vgl. den Überblick bei Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 239 ff.
- 8) Z.B. Johannes Messner, Das Naturrecht, 3. Aufl., Innsbruck 1958, S. 170 ff; derselbe, Das Gemeinwohl, Osnabrück 1962, S. 54; Wilhelm Sauer, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1961, S. 46 f, 59.
Das Verhältnis von Gemeinwohl und Gerechtigkeit wird allerdings nicht einheitlich gesehen. So setzt beispielsweise Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964, S. 365 f, das Gemeinwohl als den höchsten Wert, während etwa Giorgio del Vecchio, Die Gerechtigkeit, 2. Aufl. dt. Übersetz. Basel 1950, S. 18 ff, 121, die Gerechtigkeit als letzten Grund des Rechts betrachtet, vom Grundgesetz und seinem Höchstwert: der menschlichen Würde, ganz zu schweigen.
- 9) Leonhard Nelson, Die Theorie des wahren Interesses, 2. Aufl., Berlin 1936, S. 26.
- 10) Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 170 ff.

heit ¹¹⁾ und Rechtsfrieden ¹²⁾, Existenzsicherung ¹³⁾, Wohlfahrt ¹⁴⁾ und soziale Solidarität ¹⁵⁾ und schließlich, vor allem in der katholischen Soziallehre, der Subsidiaritätsgrundsatz ¹⁶⁾. Die bei den einzelnen Vertretern derart weitreichender Rückbezüge anzutreffende Auswahl wechselt je nach dem ideologischen Standort. Der umfassendste Katalog findet sich jedoch bei den von der katholischen Soziallehre her-

-
- 11) Jean Dabin, Der Staat, dt. Übersetz. Neuwied 1964, S. 76 (§ 40); Helmut Coing, Vom Sinngehalt des Rechts, in: Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965, S. 40.
- 12) Otto Schilling, Christliche Sozial- und Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1950, S. 35, 99; Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 159.
- 13) Oswald v. Nell-Breuning, Wörterbuch der Politik, Heft I, 2. Aufl., Freiburg 1958, Sp. 57.
- 14) Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964, S. 372; Alfred Verdross, Abendländische Rechtsphilosophie, Wien 1958, S. 246; Ernst Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 126; H. Greaves, Grundlagen der politischen Theorie, dt. Übersetz. Neuwied 1960, S. 150; Johannes Messner, Das Gemeinwohl, Osnabrück 1962, S. 110 ff.
- 15) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 252 ff; Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 375; Joseph Höffner, Christliche Gesellschaftslehre, 4. Aufl., Kvelaer 1965, S. 38 ff; Ernst Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, S. 120. Ernst Bloch, Naturrecht und menschliche Würde, Suhrkamp-Gesamtausgabe, Bd VI, Frankfurt 1961, S. 269, 274, greift insofern über die vorgenannten Autoren hinaus, als er im Sinne des utopischen Kommunismus die staatliche Gesellschaft durch die solidarische ersetzen zu können glaubt.
- 16) Johannes Messner, Naturrecht, 3. Aufl., S. 185, 255 ff; Joseph Höffner, Christliche Gesellschaftslehre, 4. Aufl., S. 46 ff. Ähnlich Emil Brunner, Gerechtigkeit, Zürich 1943, S. 159, der allerdings von Föderalismus spricht, ohne etwas anderes zu meinen.

kommanden Autoren¹⁷⁾.

Die Annahme indessen, daß durch den Rückgriff auf eines dieser Prinzipien oder auf deren in vielfältige Richtungen polarisierte Summe eine präzisere Aussage über das dazu als Oberbegriff gedachte Gemeinwohl möglich sei, dürfte kaum überzeugen¹⁸⁾. Denn mögen auch einige der aufgeführten Grundsätze, wie vielleicht das Subsidiaritätsprinzip¹⁹⁾, leichter als der noch allgemeinere Begriff des Gemeinwohls definier- und einordenbar sein oder einer eingehenderen verfassungsrechtlichen Regelung unterworfen sein, wie etwa der Gleichheitssatz, die Gesetzmäßigkeit oder das Rechtsschutzprinzip (Art. 3, 20, 80, 19 Abs. 4 GG), - eines ist nicht zu übersehen: Die Mehrzahl dieser zumeist allein rechtsphilosophisch geprägten, seltener rechtstechnisch verwandten Grundprinzipien taugt wenig als sekundäre Erkenntnisquelle und erklärendes Hilfsmittel, weil sie - man denke nur an Gerechtigkeit und Wohlfahrt - genauer und allzeit gültiger Bestimmung nicht minder unzugänglich sind.

17) Etwa Johannes Messner, Das Naturrecht, 3. Aufl., S. 157 ff. Dort findet sich das Gemeinwohl umschrieben als Ordnungsgrundsatz (S. 164), als zweckhafte Ordnung (S. 164), als Freiheitsordnung (S. 164, 170 ff), als Subsidiaritätsprinzip (S. 185, 255 ff), als Kulturoordnung (167, 174), als Friedensordnung (S. 159), als Güterverteilungsgrundsatz (S. 173, 175), als Wohlstandsmehrungsgarantie (174), als Wohlfahrtsordnung (S. 159), als dynamisches Fortschrittsprinzip (167, 171), als Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (166), als Dienstwert (180 f) usw.

18) Ebenso Theodor Eschenburg, Staat und Gesellschaft in Deutschland, Stuttgart 1956, S. 98; Hans J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, Jellinek-Gedächtnisschrift, München 1955, S. 41.

19) Auch hier herrscht allerdings keineswegs eine eindeutige Terminologie. Während die katholische

Hinzu kommt die Unsicherheit, die aus der Relativität der Wertkategorien folgt²⁰⁾, denen die im Gemeinwohl einander begegnenden Güter zuzuordnen sind. Soweit die Wertigkeit normativ festgelegt ist - erinnert sei etwa an das Verhältnis von Rechtssicherheit und Existenzsicherung, wie es in den §§ 765 a, 811, 850 ff ZPO, §§ 223, 904, 528 BGB abgegrenzt ist -, lassen sich die so aufgefundenen Lösungen unschwer auch in die Generalklauseln hereintragen, sofern die durch sie angesprochene Interessenlage gleichartig ist. Fehlt dagegen jegliche positive, über spezielle Einzelregelungen hinwegragende Wertrangnormierung wie bei den meisten der genannten rechtsphilosophischen Grundwerte, dann

Soziallehre (vgl. etwa Johannes Messner, Das Naturrecht, 3. Aufl., S. 255 ff) von einem Ordnungsprinzip für die ganze Spannweite der Gesellschaft ausgeht, verwendet das BVerfGE 10, 59 (83) einen engeren Begriff, der eher einem Synonym für den Satz "in dubio pro libertate" gleichkommt.

- 20) Vgl. dazu Jean Dabin, Der Staat (dt. Übersetzung), Neuwied 1964, S. 82 (§ 44). Dabin weist unter Bezugnahme auf Lachance richtig darauf hin, daß die Wertigkeit eines Gutes überlagert wird von Dringlichkeit des Bedürfnisses, die allerdings nicht minder relativ und dezisionärer Festsetzung offen ist. Daß ihr im praktischen Regelungsbereich, insbesondere der Haushaltspläne ein hohes Gewicht zukommt, wird noch auszuführen sein (vgl. unten S. 121 f.) Im Sinne dieser Differenzierung auch Eberhard Welty, Das Gemeinwohl als Rechtsgrundlage, in: Messner-Festschrift, Innsbruck 1961, S. 398 ff (399). Derselbe Gedanke liegt der Meinungsverschiedenheit zwischen Max Scheler, Der Formalismus in der Ethik, 5. Aufl., Bern 1966, S. 104 ff, und Nicolai Hartmann, Ethik, 3. Aufl., Berlin 1949, S. 276 ff, 603 f, zugrunde. Während Scheler der traditionellen (scholastischen) Rangstufung nach der Werthöhe, d.h. nach der Wertigkeit als sol-

wird die für die Bestimmung des Gemeinwohls erforderliche vorrangige Wahl, mit der den widerstrebenden Gütern eine dem Rang nach abgestufte Wertkategorie zuerkannt wird, der in Wahrheit maßgebliche Akt; er aber liegt außerhalb der rechtlichen Ordnung und ist ausschließlich von subjektiver Wertung abhängig, ist rein dezisionistisch geprägt ²¹⁾. Ein Ausweg zu einer rationalen Rechtsfindung ist daher auf diese Weise nicht zu gewinnen.

Auch dann jedoch, wenn man von der ihrerseits unzureichenden Bestimmtheit dieser Hilfsbegriffe absieht, empfiehlt sich eine allzu bürdenreiche Aufladung durch oberste Grundwerte kaum, soweit es sich um die juristisch-dogmatische Ausleuchtung positiver Rechtsbegriffe wie des Gemeinwohls und seiner Synonyme handelt. Belastet man nämlich den Blankettbegriff zu sehr mit anderen unpositivierten Grundwerten, so erweitern sich zwar die sachlichen Gesichtspunkte, die für das jeweilige Verständnis des Blanketts herangezogen werden können, zugleich aber tritt eine einschneidend nachteiligere Folge ein. Da es keineswegs leichter und eindeutiger wird, aus der so vervielfachten Summe von "Unbekannten" klare Sollensgebote oder normative Werte zu isolieren und die antagonistischen Interessen in ein überzeugendes

cher, folgt, bringt Hartmann mit der "Wertstärke" den Gedanken der Dringlichkeit des aus dem Wert folgenden Sollensgebotes ins Spiel.

- 21) Das betont für den rechtsphilosophischen Bereich vor allem der südwestdeutsche Neukantianismus und heute etwa Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962, S. 221 f.

Gleichgewicht zu bringen, wird im Grunde durch die Vielzahl der Rückbezüge nur Unsicherheit in den Einzugsbereich der Norm getragen. Statt rationale Rechtsfindungskriterien hinzuzufügen, kehrt die mit der inhaltlichen Anreicherung verfolgte Absicht sich in ihr Gegenteil, denn mit der Zahl der möglichen, ihrerseits ausfüllungsbedürftigen Determinanten wächst die Notwendigkeit, unter ihnen durch subjektive Entscheidung auszuwählen und damit die jeweilige Resultante eben doch dezisionär zu finden. Daß diese Konsequenz dem ursprünglichen Ziel zuwiderläuft, durch Rückgriff auf andere Rechtswerte eine rationalere Rechtsfindung zu ermöglichen, liegt auf der Hand²²⁾.

22) Daß dieses enge Verständnis sich nicht durchhalten läßt, wo eine Sinndeutung der menschlichen Gesellschaft überhaupt versucht wird (in diesem Sinne etwa die gesamte katholische Soziallehre; ferner Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964, S. 371 ff; Jean Dabin, Der Staat, dt. Übersetz. Neuwied 1964, S. 52 ff) und dazu als Gradmesser menschenwürdiger oder gar transzendenter determinierter Sozialität das Gemeinwohl gesetzt wird, versteht sich von selbst. Man wird sich jedoch hüten müssen, diesen ganz anderen Zwecken dienenden und dementsprechend festgelegten rechtsphilosophischen Begriff als Arbeitsgrundlage der juristisch-dogmatischen Begrifflichkeit zu substituieren (zum Umschlag von rechts- und staatsphilosophischen zu rechtstechnischen Begriffsbedeutungen Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1964, S. 188 ff). Diese Klarstellung ist erforderlich gegenüber der beide Sinngehalte gleichsetzenden Arbeit von Eberhard Lang, Staat und Kybernetik, Salzburg 1966, S. 66 ff, die einen umfassend definierten Gemeinwohlbegriff unmittelbar als steuernden Sollensbefehl verwenden will.

Sowenig die aufgeführten, an ihrer eigenen Unschärfe krankenden Rechtsgrundsätze zu einer präziseren Erfassung des Gemeinwohls verwandt werden können, eine Gemeinsamkeit im grundsätzlichen Denkansatz ist unübersehbar: Alle heutigen Deutungsversuche des Gemeinwohls haben - im Einklang mit der gegenwärtig vorherrschenden philosophischen und staatstheoretischen Grundhaltung des westlichen Ideenkreises ²³⁾ - fast durchgängig darin ihren Ausgangspunkt, daß sie dem

-
- 23) Ohne Bemühen um Vollständigkeit, die ohnehin angesichts der Vielzahl der Äußerungen zu diesem Gegenstand kaum erreichbar sein dürfte, seien neben den bereits gegebenen Nachweisen über Autoren, die von den christlichen Gesellschaftslehren herkommen (siehe oben 3. Abschnitt, lit. b), S. 54 ff), genannt:

a) Aus Philosophie und Rechtsphilosophie: Ernst Bloch, Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt 1961, S. 234, 237; Emil Brunner, Gerechtigkeit, Zürich 1943, S. 160; Helmut Coing, Einführung in die Rechtsphilosophie, Berlin 1950, S. 131 ff; Romano Guardini, Welt und Person, Würzburg 1950, S. 35; Martin Heidegger, Sein und Zeit, 1. Hälfte, Halle 1927, S. 43, 120 f; 275 ff; Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1954, S. 169, 192 f; Gerhart Husserl, Der Rechtsgegenstand, Berlin 1933, S. 17; Werner Maihofer, Recht und Sein, Frankfurt 1954, S. 84, 38 f, 96 ff, 123 f; Max Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 5. Aufl., Bern 1966, S. 278, 371 f, 336 ff, 436 ff, 501 f; Jean P. Sartre, Das Sein und das Nichts, 2. Aufl., Hamburg 1952, S. 560 f, 696 f, 703; Giorgio del Vecchio, Die Gerechtigkeit, 2. Aufl., dt. Übers. Basel 1950, S. 147; Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen, S. 239 f; Thomas Würtenberger, Das Naturrecht und die Philosophie der Gegenwart, JZ 1955, S. 1 ff (2, 4 f); [für die Vertreter der Existenzphilosophie ist allerdings einschränkend darauf hinzuweisen, daß sie die Umwelt nicht als Dienstwert, als Möglichkeit zu kooperativer Gegenseitigkeit, sondern als das Unheimliche versteht, in das der Mensch geworfen

traditionell im deutschen Staatsdenken stärker als in den liberalen westlichen Demokratien betonten absoluten Vorrang eines etatistischen Staats- und Gemeinschaftswohles abschwören und dem

ist und das ihn gefährdet (vgl. Otto Friedrich Bollnow, Existenzphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1955, S. 49). Dennoch bleibt der Mensch Mittelpunkt, da die Welt negiert wird bis zur Einsamkeit (vgl. Bollnow, S. 65).]

b) aus der Staatslehre und politischen Wissenschaft:

Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStL 12 (1954), S. 30 f; Ernst Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 127, 413; Jean Dabin, Der Staat, dt. Übers. Neuwied 1964, S. 60; Günter Dürig, in Maunz-Dürig, Grundgesetz, München 1966, RdZi. 17 f, 33 f zu Art. 1 Abs. I und Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, in: JR 1952, S. 259 ff; H.R.G. Greaves, Grundlagen der politischen Theorie, dt. Übers. Neuwied 1960, S. 139; Andreas Hamann, Das Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied 1961, Anm. A 1 zu Art. 1 GG, S. 67; B 1, S. 68 f; und Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied 1958, S. 78 f; Wilhelm Hennis, Politik und praktische Philosophie, Neuwied 1963, S. 67; Heinrich Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, Münster 1953, S. 8; Hans C. Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: Die Grundrechte, Bd II, Berlin 1954, S. 13 f; Jost Riedel, Gemeinwohl und Person, FVS 2 (1961), S. 222 ff (239); Adolf Süsterhenn, Das Subsidiaritätsprinzip, 1. Nawiasky-Festschrift, München 1956, S. 144; Wilhelm Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde, Köln 1953, S. 167 ff m.w. Nachw.; Josef Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, Köln 1957, S. 6 ff (11, 17) und Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG, Apelt-Festschrift, München 1958, S. 1 f (3 f).

c) aus der Rechtsprechung des BVerfG:

vgl. BVerfGE 4, 7 (15 f); 5, 85 (204 f); 6, 32 (40 f); 7, 198 (205); 8, 274 (328 f); 12, 45 (53); 21, 362 (369, 372).

d) aus der Privatrechtslehre:

Rudolf Reinhardt, Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, Hueck-Festschrift, München 1959, S. 439 ff, 441.

Verständnis des Gemeinwohls und seiner Synonyme eine personalistische Richtung (im ethischen Sinne) geben. Der Rückbezug etwa zum Gleichheitssatz, zum Existenzsicherungs-, Wohlfahrts- und Sozialstaatsgedanken und zum Verhältnismäßigkeitsprinzip versucht in Abkehr von einem machtpolitischen, obrigkeitstaatlichen Gemeinwohlverständnis die Gemeinschaftszwecke um das Individuum zu zentrieren und das Gemeinwohl, wenn auch nicht ausschließlich, so doch partiell und zum Teil vorrangig auf die Rechte und Interessen der Individuen zu beziehen. Daß darin zugleich eine Reaktion auf die starke Betonung des Gemeinschaftsvorranges im ersten Teil dieses Jahrhunderts und dessen Perversion allein zugunsten des Herrschaftsapparates unter dem Nationalsozialismus und vergleichbaren zeitgenössischen Herrschaftsformen, als auch eine historisch bedingte Hinordnung auf das angloamerikanische Staats- und Bürgerrechtsverständnis gefunden werden kann, sei nur kurz angemerkt. Die kaum leugbaren Abhängigkeiten sind für die hier unternommene Gemeinwohlanalyse insofern bedeutsam, als sie einestails die Wandlungen motivieren können, die die Auslegung des Gemeinwohlbegriffes erfahren hat und noch erfahren muß, und zum andern, als sie die zuweilen recht gedankenlosen Operationen mit einem diffusen, überwiegend obrigkeitstaatlich, letztlich antidemokratisch gehandhabten Gemeinschafts- und Gemeinwohlverständnis erklären können. Gleichzeitig ist damit die häufig vertretene These in Zweifel gestellt, daß die heute als vorherrschend zu bezeichnende personalistische Grundtendenz sich aus naturrechtlichen Ursprüngen oder transzendenten Rechtfertigungsversuchen entwickelt habe. Ihre

heutige Geltung dürfte stärker als in rechtsphilosophischen, christlich-abendländischen Denktraditionen in den politisch erkämpften Errungenschaften der letzten zweihundert Jahre wurzeln ²⁴⁾.

Das personalistische Verständnis des Gemeinwohls weist diesem und ähnlich lautenden Gemeinschaftsklauseln die Funktion eines Dienstwertes zu ²⁵⁾, dem eine instrumentale Hilfsaufgabe für das individuelle Wertstreben zukommt und der es insofern als modales Individualinteresse ²⁶⁾ erscheinen läßt. Die damit getroffene Vorentscheidung für ei-

-
- 24) Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1952, S. 237 ff. Vgl. auch auf S. 231 f seinen Hinweis auf E. Schott: "Mit welchem Recht werden die Früchte, die auf dem Baum der Vernunft gewachsen sind, mit einem Mal vom Baum der Offenbarung gepflückt?"
- 25) Rudolf Stammler, Wirtschaft und Recht, 5. Aufl., Berlin 1924, S. 557 ff; Emil Brunner, Gerechtigkeit, Zürich 1943, S. 91; Roman Herzog, Einführung, S. XXXVI, XLII, in: Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart 1966; Ernst Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 127. Aus der ausländischen Literatur vgl. M. Greaves, Grundlagen der politischen Theorie, dt. Übersetz. Neuwied 1960, S. 150; Sir Ivor Jennings, Parliament, 2. Aufl., Cambridge 1957, S. 184; Jean Dabin, Der Staat, dt. Übersetz. Neuwied 1964, S. 119.
- 26) Die hier verwandten Begriffe sind gebildet im Anschluß an Leonard Nelson, Grundlagen der Ethik, Bd III, Rechtslehre und Politik, Leipzig 1924, S. 46 ff, 189, 212; Franz Oppenheimer, System der Soziologie, Bd I/1, Allgemeine Soziologie, Jena 1922, S. 217 ff; Bd I/2, Der soziale Prozeß, Jena 1923, S. 590 ff, 891 ff; Bd III/1, Theorie der reinen und politischen Oekonomie, 5. Aufl., Jena 1923, S. 16 ff. Oppenheimer unterscheidet zwischen finalen Interessen,

nen freiheitlich intendierten Personalismus und gegen eine kollektivistisch entäußernde Gliedstellung des einzelnen beruht einerseits, das soll keineswegs verleugnet werden, auf ideologisch-dezisionärer Grundlage ²⁷⁾, wie sich bereits am Beispiel der heutigen christlichen Soziallehren nachweisen ließ ²⁸⁾; sie ist aber zugleich auch normativ in der gegenwärtigen staatlichen Rechtsordnung fundiert. Das möge der Hinweis auf die Leitnormen der Art. 1 und 20 GG vorläufig belegen ²⁹⁾.

Zur Klarstellung sei jedoch hervorgehoben, daß diese Parallelität rechtsnormativer, sozialetischer und rechtsphilosophischer Forderungen nicht den Gel-

die den letzten Grund des jeweiligen Willensaktes abgeben, und ihnen dienenden modalen Interessen. Vgl. dazu auch Wilhelm Wengler, Prolegomena zu einer Lehre von den Interessen im Völkerrecht, in: Die Friedenswarte 50 (1950/51), S. 108 ff.

- 27) Siehe dazu die Darstellung und die weiteren Nachweise bei Jost Riedel, Gemeinwohl und Person, PVS 2 (1961), S. 226 ff. Ausführlich stellt auch Jean Dabin, Der Staat, Neuwied 1964 (Übersetzung), S. 67 ff, passim, die herrschenden Strömungen dar. Angesichts dessen wäre eine eingehendere eigene Dokumentation Wiederholung.
- 28) Siehe oben 3. Abschnitt, lit. b), S. 42 ff.
- 29) Ergänzend sei auf Ernst Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 127, verwiesen, der das Gemeinwohl vor allem im Sozialstaatsgrundsatz verankert wissen will. Vgl. dazu im übrigen unten 7. Abschnitt, S. 131 ff.

tungsgrund der staatlichen Rechtsordnung verändern kann. Eine Sichtweise, die etwa die Menschenwürde-Normativierung des Grundgesetzes als bloße Objektivation der (axiologisch begründeten) absoluten Werte betrachtet ³⁰⁾, muß abgelehnt werden, weil sie nicht nur eine rechtssoziologisch oder -philosophisch motivierte Gleichzeitigkeit, sondern eine Verschiebung des Geltungsgrundes behauptet. Dieser aber liegt nicht im subjektiven Bewußtsein, sondern für die Verfassung in der Entscheidung des konstituierenden Souveräns, für die weiteren Staatsakte in den verfassungsgemäß zustandegeworbenen Entscheidungen der verfassungsmäßig berufenen Organe. Das Wertgefühl hat demgegenüber allenfalls die Bedeutung zu motivieren; als bloße Offenbarung der absoluten Werte kann das Gesetz nicht verstanden werden ³¹⁾, da es allein die normativen Rechtswerte konstituiert.

30) In diesem Sinne Wilhelm Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde, Köln 1958, S. 186.

31) Wilhelm Wertenbruch, aaO. (N. 30).

5. Abschnitt

Verfassungsrechtliche Determinanten

=====

Die aus anderen - gesellschaftlichen oder transzendent begründeten - Normkategorien einfließenden Gehalte sind, wenn man der bisherigen Darstellung zu folgen bereit ist, wegen der dort herrschenden Normdiversität und der ihr entsprechenden Pluralität der Geltungsgründe derart vieltalig, daß jede aus den Bindungen des verfassungsrechtlichen Umbaus isolierte Auffüllung der Gemeinwohlblankette und anderer offenster Generalklauseln des öffentlichen Rechts zu untragbaren Ungewißeiten führen muß. Ist schon im vorrechtlichen Bereich erst durch auswählende und daher subjektive Deziision eine Normsetzung möglich, so trägt die mit Hilfe der Generalklauseln des Gemeinwohls anschließend vorgenommene Transformierung in staatliche Gebote die Vermutung der Willkür in sich. Dennoch findet diese Umformung gesellschaftlicher und sonstiger Normen in staatliche Rechtssätze mit erhöhter Sanktionsfolge relativ ungeniert allenthalben statt ¹⁾,

1) Darstellung und Nachweise bei Jost Riedel, Gemeinwohl und Person, PVS 2 (1961) S. 222 ff. Wenn etwa Walter Lippmann, Philosophia publica, dtsh. München 1957, S. 54 (widersprüchlich hierzu 202 f), erklärt, Gemeinwohl sei die Entscheidung derer, "die klar sähen, vernünftig dächten und uneigennützig handelten", so ist daran einesteils das durch nichts bewiesene Elite-Führungsprinzip zu beanstanden. In inhaltlicher Hinsicht bringt seine Behauptung nicht mehr als den kategorischen Imperativ, so zu handeln, wie man will, daß es allgemeines Gesetz werde (Genaue Definition: Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 52 der Ausgabe 1786 - 2. Aufl.). Die Frage nach dem materiellen Inhalt von Gemeinwohl oder Gerechtigkeit wird dadurch aber ebensowenig wie durch den kategorischen Imperativ beantwortet. Stattdessen wird die staatliche Zuständigkeitsordnung zugunsten einer apokryphen Elite verdrängt, denn wenn die demokratisch berufenen staatlichen Organe als die Klarsichtigen, Vernunftigdenkenden anzusprechen wären, bedürfte es keiner abweichenden

- 38 -

weil dem subjektiven Empfinden regelmäßig der objektive Befund dezisionärer Normausfüllung nicht bewußt wird oder im vermessenen Glauben an die eigene Unfehlbarkeit und die intersubjektive Richtigkeit der eigenen Auffassung verdrängt wird.

a) Bestimmbarkeit, Meßbarkeit

Die damit in das positive Recht hineinwachsende Schwankungsbreite stößt sich u.a. an dem vom Rechtsstaatsprinzip gebotenen Grundsatz, daß aus der jeweiligen Norm selbst die Grenzen der staatlichen Ermächtigung erkennbar sein müssen ²⁾. Da es andererseits gerade im

Nomenklatur. Ähnlich bedenklich - allerdings nicht speziell zum Gemeinwohl, sondern zur öffentlichen Meinung insgesamt - Wilhelm Hennis, Meinungsforschung und Demokratie, RuSt 200/1, Tübingen 1957, S. 35 ff.

- 2) BVerfGE 21, 73, (79 f) betont das ausdrücklich auch für unbestimmte Rechtsbegriffe. Teilweise geringere Anforderungen stellen BVerfGE 3, 225 (243), wo die traditionelle Technik der Blankettvorschriften uneingeschränkt als Notwendigkeit bezeichnet und die dadurch ermöglichte "schöpferische Rechtsfindung" als herkömmliche richterliche Aufgabe qualifiziert wird; ferner BVerfGE 6, 32 (42), wo zwar die zu "vagen Generalklauseln" verworfen werden, die nur so zu kennzeichnende Vorschrift des § 7 I a) PaßG, nach der "sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik" die Paßversagung erlauben, aber im Wege einer keineswegs zwingenden restriktiven Auslegung auf ein verfassungsrechtlich anstandsfreies Maß zurückgeschraubt und so vor dem Fall gerettet wurde; ferner BVerfGE 8, 274 (307 ff), wo zu § 2 PreisG derselbe, hier allerdings noch weniger als im Elfesurteil überzeugende Weg der restriktiven Auslegung eingeschlagen wurde; ferner BVerfGE 13, 153 (161 f) (164), wo in der Sache dasselbe geschieht, die Ausdrucksweise jedoch vorsichtiger ansetzt ("die Grundsätze des Rechtsstaates verwehren es ... nicht schlechthin, Generalklauseln zu verwenden"); und schließlich BVerfGE 20, 150 (158), wo die Hinwendung zum Urteil im 21. Band ausgeprägt hervortritt, indem das Gericht fordert, daß die gesetzliche Regelung die dem Eingriff "offenliegende Rechtssphäre selbst abgrenzt und dies nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überläßt". Damit ist die in BVerfGE 21, 73 (79 f) aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip gezogene Pflicht, "daß der Gesetzgeber selbst die Einzelbefugnisse und Einzelpflichten ... inhaltlich normiert", in Abkehr von der ursprünglichen Großzügigkeit bereits vorgezeichnet gewesen.

Wesen des Blanketts liegt, unbestimmt, offen und wandlungsfähig zu sein, lassen sich die Gemeinwohlklauseln nur schwer auf die hohe Ebene des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes heben, wie er beispielsweise durch Art. 80 Abs. 1 GG umschrieben wird. Die Blankette des gemeinen Wohls erfüllen, wie etwa in den Enteignungsgesetzen, meistens die Funktion, einen Eingriffsbereich für ein breites Spektrum teilweise heterogenster Verwaltungszwecke offen zu halten. Vor einem streng verstandenen Bestimmtheitsgrundsatz, der für die von der Gesetzesnorm eröffneten Eingriffsmöglichkeiten eine einigermaßen genaue Determination nach Inhalt, Zweck und Ausmaß gebietet, müßten sie daher fast ausnahmslos kapitulieren, solange es nicht gelingt, eine Methode zur ergänzenden Determination ihres Regelungsinhaltes zu entwickeln, die den verfassungsrechtlichen Ansprüchen der Bestimmbarkeit genügt.

Das Dilemma, in das ein mit unerbittlicher Kompromißlosigkeit angewandter Bestimmtheitsgrundsatz gerade die Generalklauseln des öffentlichen Interesses, des Gemeinwohls und vergleichbarer Gemeinschaftsbezüge führen würde ³⁾, ist deshalb unübersehbar. Bei rigoroser Durchsetzung der aus rechtsstaatlichen Erwägungen zu stellenden Anforderungen an die Meßbarkeit dieser

Über die in der Sache gleiche Rechtsprechung des BVerwG vgl. Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961, S. 219 ff, neuere Entscheidungen sind in BVerwGE 16, 87 (91) und 301 (307) zu verzeichnen. Siehe ferner BayVerfGH n.F. 1 II 81 (91) und BayVGH, n.F. 8 I 30 (34).

- 3) Bis zu dieser harten und an sich folgerichtigen Konsequenz stößt Hans H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, S. 202, vor, wenn er alle vagen und uferlosen Blankettvorschriften als verfassungswidrig behandelt. So richtig diese Auffassung im Grundsatz ist, so schwierig erweist sie sich, wenn es daran geht, die Grenzenlosigkeit zu bestimmen. Und grenzenlos ist die Verwendbarkeit der meisten Gemeinwohlblankette, wenn man sie nur bei ihrem Wortlaut und gesetzlichen Umbau nimmt.

Blankette muß es zweifelhaft erscheinen, ob sich auch nur wenige dieser Gemeinschaftsinteressen ausdrückenden Normen aufrechterhalten lassen. Die mangelnden gesetzesimmanenten, systematischen Auffüllungsmöglichkeiten, die ein Blankett auch unter streng verstandenen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsansprüchen duldbar machen ⁴⁾, und die noch seltener möglichen traditionell-präjudiziellen Begriffspräzisierungen und -verengungen, die im 1. Abschnitt dieser Arbeit haben festgestellt werden können ⁵⁾, lassen bei einer konzessionslosen Haltung jedenfalls größte Skepsis angeraten erscheinen. Eine Filterung der auszuscheidenden Blankette durch vorgängige Auffüllung (und damit Begrenzung) im Wege ergänzender Auslegung durch verwandte und insbesondere höherrangige Normen des Verfassungsrechts ⁶⁾ ist daher geboten, bevor die Alle des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes angelegt wird. Anders läßt sich nicht vermeiden, daß die Mehrzahl der Gemeinwohlblankette von Schwindsucht ergriffen wird.

Ohne Nachsicht als nichtig auszuschalten ist allerdings derjenige Teil, der mit rational nachvollziehbaren Methoden nicht mehr präzisiert werden kann, weil die Inhaltsgebung in den pränormativen Bereich verlagert und gänzlich der subjektiven Dezision ausgeliefert worden ist ⁷⁾. Das Problem solcherart nichtiger Blän-

4) BVerfGE 13, 153 (164); 19, 17 (30); 19, 354 (362); 20, 73 (82) heben das zutreffend hervor.

5) 1. Abschnitt lit. b) S. 17 ff.

6) So beispielhaft BVerfGE 7, 198 (215) - Lüth-Urteil -.

7) Das gilt etwa von der völlig allgemein gehaltenen Verpflichtung der Beamten auf das Gemeinwohl, z.B. § 52 BBeamtenG, § 35 I BeamtenRRG.

kettvorschriften liegt indessen mindestens ebenso sehr innerhalb der verschiedenen Anwendungszonen einer einzelnen Norm und den von ihr avisierten Gemeinschaftsinteressen wie in der Totalnichtigkeit dieser Regelung. Erkennt man die gesetzestechnische Notwendigkeit von Blankettvorschriften auch für die Begründung staatlicher Kompetenzen zur Wahrnehmung von Gemeinschaftsinteressen an, woran kaum ein Zweifel gelassen werden kann, so drängt sich zwangsläufig eine stärker abwägende Betrachtung auf, denn ohne nähere Differenzierung kann kein den Sachgegebenheiten gerecht werdender Weg gefunden werden. Wo die gesetzgeberische Absicht auch durch eine hinreichend meßbare Normtechnik erreicht werden könnte, ⁸⁾ sollten keine Ausflüchte gesucht werden, diese Konsequenzen aus dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheits- d.h. Rechtsstaatsgrundsatz ohne Zugeständnisse zu ziehen. ⁹⁾

-
- 8) Als geradezu klassisches Beispiel für die Verwirklichung spezifizierter Einzelermächtigungen anstelle der ansonsten üblichen Generalklauseln sei auf das Bayerische Polizeirecht verwiesen (jetzt Art.4 ff des PolizeiaufgabenG i.d.F. v. 3.4.1963 /GVBl. S. 957). Vgl. auch Franz Mayer, Buchbesprechung AöR 88 (1963) 100 ff (110 f).
- 9) Allein schon deswegen muß dem Urteil des BVerfG zu § 2 PreisG die Gefolgschaft versagt werden. Das Gericht stellt ausdrücklich fest, "daß eine präzisere Umschreibung des Zweckes der Ermächtigung vielleicht möglich gewesen wäre" und bringt dafür auch Gründe und Gesetzesbelege (BVerfGE 8, 274 /3117). Die aus dem Meßbarkeitsgrundsatz folgende Nichtigkeit versagt es sich auszusprechen, weil dieser nicht gebiete, "daß die Ermächtigung so bestimmt wie irgend möglich umschrieben ist; sie muß nur hinreichend bestimmt sein" (aaO, S. 312). Abgesehen von den tatsächlichen Umständen, die eine hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigung kaum annehmbar machten, muß das Urteil durch neuere Erkenntnisse als überholt gelten. So ist in BVerfGE 17, 306 (314) betont, daß bei einem unerläßlichen Eingriff "seine Voraussetzungen möglichst klar und für den Bürger erkennbar umschrieben werden" müssen, und in BVerfGE 18, 353 (364) ist die Frage "ob es möglich wäre, die Ausnahme-

Wo dagegen eng gefaßte, rigide Normierungen keine befriedigende, die Gesetzesziele ausschöpfende und ihre Durchführung ermöglichende gesetzestechnische Ausdrucksform gestatten, dürfen zwar die Anforderungen an die Meßbarkeit nicht leichthin und voreilig zurückgedrängt werden. Solange die Verfassungsinterpretation jedoch die gesetzestechnischen Notwendigkeiten nicht einem irrationalen Purismus opfern will, muß sie bei unausweichlichen Blanketten diese traditionelle Gesetzesform aufzufangen versuchen und die Kongruenz zur Verfassungsordnung durch andere Bezüge sicherstellen¹⁰⁾. Da keine Rechtsordnung

tatbestände (in Art. I des DevisenbewirtschaftungsG) in Rechtsvorschriften noch genauer zu präzisieren," nur deswegen offen gelassen worden, weil es sich um eine besatzungsrechtliche Vorschrift handelte, die nur unter Hinnahme politischer Unzuträglichkeiten der strengeren Verfassungsrechtslage unter dem Grundgesetz würde angepaßt werden können. Aus seiner diesbezüglichen Auffassung hat das Gericht jedoch unter Hinweis auf die gleichlaufenden Bemühungen des deutschen Gesetzgebers keinen Hehl gemacht (aaO. S. 366).

- 10) In dieser Weise ist die unterschiedliche Maßstäbe setzende Reihe der Entscheidungen des BVerfG zum Ermessen der Verwaltung zu verstehen, wenn auch eine parallele Entwicklung zu der in Fußnote 2 dieses Abschnitts dargestellten Rechtsprechung zum unbestimmten Rechtsbegriff und zur Generalklausel im öffentlichen Recht, nämlich ein Anziehen der aus rechtsstaatlichen Gründen erhobenen Anforderungen festzustellen ist. Gesteigert hat das BVerfG seine Strenge bei den generellen Verboten mit Erlaubnis- oder Genehmigungsvorbehalt, während im übrigen Eingriffsbereich die bisherige Linie weiterverfolgt worden ist. Deswegen erscheint die Kritik von Christian F. Menger und Hans-Uwe Erichsen, Höchstrichterliche Rechtsprechung im Verwaltungsrecht, Verw Arch. 58 (1967) 278 (281 f) mit den einschlägigen Nachweisen zur Rechtsprechung des BVerfG unberechtigt (zu BVerfGE 20, 150). Wenn eine gesetzliche Regelung nicht dem Ermessen der Verwaltung überlassen darf, inwieweit ein generelles gesetzliches Verbot durch Erlaubnisse zugunsten des Grundrechtsträgers zu überspringen ist, dann schließt das nicht aus, daß eng begrenzte Ermessensspielräume eingebaut werden. Sie dürfen nur nicht weiter gespannt sein, - als es der sachliche Regelungszweck zwingend gebietet. Daraus ergibt sich folgende Differenzierung zwischen den Ermächtigungen zu eingreifenden und erlaubenden Staatsakten: Mit einer Kannvorschrift

einer gewissen, nur mit Generalklauseln einzubringen-
den Flexibilität entraten kann, die Mehrheit der Ge-
meinwohlblankette aber bei kompromißloser Anwendung
der verfassungsrechtlichen Meßbarkeitsklausel vor dem
Verdikt der Verfassungswidrigkeit kaum bewahrt werden
könnte, muß für sie ein verfassungsrechtlich hinnehm-
barer anderer Weg einer mittelbaren Präzisierung ge-
funden werden, so daß die Zahl der unrettbaren Blan-
kette so klein wie möglich gehalten werden kann.

im Eingriffsbereich wird die äußerste Grenze fest-
gelegt, bis zu der die Verwaltung im Einzelfall
- unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeits-
grundsatzes - gehen darf, ohne daß der Freiheits-
status generell bis zu dieser Linie zurückgedrängt
wäre. Die Verwaltung ist keineswegs verpflichtet,
den gesetzlichen Rahmen auszuschöpfen. Erkennbar
ist jedoch, und das ist vom rechtsstaatlichen Aspekt
entscheidend, wie weit sie höchstens gehen darf. Auf
diese Charakteristik stellt beispielsweise BVerfGE
9, 137 (147 ff) ausdrücklich ab. - Im Erlaubnis- und
Genehmigungsbereich ist durch eine gleichartige Kann-
Vorschrift nicht dieselbe Präzisierung zu erreichen,
weil keine Pflicht, sondern nur eine Erlaubnisbefug-
nis begründet wird; der Status des Betroffenen ist
daher bei vorgeschaltetem gesetzlichen Verbot gänz-
lich zerbrochen. Mit der Kannvorschrift werden nicht
die äußersten Grenzen möglicher Grundrechtseinschrän-
kungen im Einzelfall exekutivischen Vollzugs ange-
zeigt, sondern umgekehrt die Grundrechtseffektuierung
in das Ermessen der Verwaltung gestellt. Da der Rechts-
staatsgrundsatz in engstem Zusammenhang mit den Grund-
rechten und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gesehen
werden muß, ist diese Konsequenz anders als im engeren
Eingriffsbereich unerträglich, hier muß daher die
Pflicht zur partiellen Aufhebung des generellen Ver-
bots genauer und ohne größeren Ermessensspielraum
bestimmt sein. Dazu BVerfGE 20, 150 (157 f).

Diese Gedanken gelten - deshalb sind sie an dieser
Stelle erörtert worden - wegen der unleugbaren Kon-
nexität des Ermessens- und unbestimmten Rechtsbe-
griffs (Hans H. Rupp, Grundfragen der heutigen Ver-
waltungsrechtslehre, Tübingen 1965, S. 177 ff (184,
193 ff, 202, 207 f) mit gleichem Vorzeichen auch für
die Blankette des Gemeinwohls und ähnlicher unbe-
stimmter Generalklauseln des öffentlichen Rechts.
Ist eine Grundrechtsverwirklichung von einer ver-
waltungsrechtlichen Gewährung oder Erlaubnis ab-
hängig, die ihre einzige Determinante in einem
systematisch nicht präzisierbaren Gemeinwohlblan-
kett hat, so verfällt sie dem Rechtsstaatsprinzip
wegen Unmeßbarkeit.

Das bedeutet jedoch nicht, daß der Auffüllung durch andere als positivrechtliche Gebote und Wertnormierungen Tür und Tor geöffnet werden dürften, sobald sich die gesetzestechnische Notwendigkeit einer Generalklausel nicht übergehen läßt. Jede Anreicherung aus anderen rechtlichen Normkategorien und aus externen Normsystemen läßt sich nur unter der so eng wie möglich zu begrenzenden Voraussetzung rechtfertigen, daß die Gelegenheit zu rein subjektiver De-zision abgelöst oder doch mediatisiert wird durch die aus der verfassungsrechtlichen Kompetenz-, Sollens- und Wertordnung folgenden inhaltlichen und verfahrensrechtlichen Determinanten. Der Vorwurf eines übertriebenen Verfassungspositivismus, der in unmittelbaren Verfassungsvollzug ausartet ¹¹⁾, wiegt demgegenüber gering. Daß andere als die verfassungsrechtlichen und die auf ihr beruhenden einfachgesetzlichen Normen hier kaum und mit größten Vorbehalten allenfalls subsidiär in Betracht kommen können, erweist die Tatsache, daß das Gemeinwohl und seine Begriffsvarianten wie kein anderes Blankett im öffentlichrechtlichen wie im Privatrechtskreis zur Magd beliebiger Machtinteressen gemacht worden sind ¹²⁾.

Die von Dietrich Jesch ¹³⁾ für das öffentliche Recht unter Bezugnahme auf Philipp Heck ¹⁴⁾ betonte gedankliche Gliederung der unbestimmten Rechtsbegriffe

11) So aber Fritz Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, Karlsruhe 1960, S. 25 f.

12) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. S. 243; vgl. im übrigen oben 2. Abschnitt (S. 35 ff).

13) Dietrich Jesch, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, AöR 82 (1957), S. 163 ff, (172 ff).

14) Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, S. 46, 173.

in einen eindeutigen Begriffskern und einen diffusen Begriffshof vermag die interpretative Methode hier kaum zu fördern. Die Gliederung krankt schon bei relativ engen Begriffen wie etwa der Zuverlässigkeit, der Eignung, des Bedürfnisses und dergleichen am Übergewicht des äußeren Begriffshofes ¹⁵⁾. Sie muß bei so allgemeinen Blanketten wie dem Gemeinwohl vollends illusorisch werden, denn die hilfreiche Stütze eines überkommenen Präjudizienfundus, der bei mehr technisch und naturwissenschaftlich ausgerichteten Rechtsbegriffen auch im öffentlich-rechtlichen Bereich ein Begriffskorsett zu schaffen vermag, versagt wegen der ständig sich wandelnden staatlichen Zwecke und der unmittelbaren Abhängigkeit von der jeweiligen verfassungsrechtlichen Situation bei den das gemeine Wohl umschreibenden Begriffen gänzlich. Präjudizien haben hier weithin mehr dialektischen denn formenden Wert, wofür nicht allein die diskontinuierliche, oft sogar sprunghafte deutsche Verfassungsentwicklung, sondern auch das erst mit Verzögerung alle Winkel des einfachen Rechts durchdringende Bewußtsein des allwirkenden Verfassungsprimats verantwortlich zu machen ist, von Schwankungen in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung selbst, wie sie etwa Art. 12 GG und dem dort maßgeblichen Gemeinschaftsvorbehalt festzustellen sind ¹⁶⁾, ganz abgesehen.

Die gegenteiligen Versuche scheinen die wohl zur Genüge offenbar gewordenen historischen Erfahrungen leugnen, einem ungebrochenen Fortschrittsglauben huldigen und auf die Zukunft einer sich festigenden und allmählich alle wichtigeren Zentralfragen umgreifenden Verfassungsrechtsprechung hoffen zu wollen. Die demgegenüber angebrachte Skepsis resultiert nicht allein

15) Dietrich Jesch, aaO. AöR 82 (1957), 177 f.

16) Siehe dazu die Nachweise und Kritik von Hans H. Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit i.d.Rechtsprechung des BVerfG, AöR 92 (1967) S. 212 ff (231, 237 ff).

aus der stark oszillierenden Schwankungsbreite, die die bisherige Blankettkonkretisierung und richterliche Rechtsbildung im Bereich des Verfassungsrechts erkennen läßt; sie beruht zugleich auf der geringen Wahrscheinlichkeit, daß sich eine diesem Denkmodell genügende Präjudiziendichte jemals entwickeln werde. Nicht gering zu schätzen ist auch die Gefahr, daß über die Brücke des historisch angewachsenen Präjudizienfundus überkommene Rechtsgrundsätze und Auslegungsergebnisse einzudringen vermögen, die nicht in der gegenwärtigen Verfassungsordnung und ihren ungeschriebenen Grundsätzen wurzeln und die deshalb geeignet sind, die verfassungsrechtlichen Wendepunkte zu überspielen - eine Gefahr, der insbesondere eine institutionell orientierte Interpretationsmethode ausgesetzt ist.

Wenn ein derartiger Präjudizienkult sich zudem anheischig macht, aus angeblich vernunftrechtlichen Erwägungen heraus präsumtive Verbindlichkeit genießen zu müssen ¹⁷⁾, unterläuft er voreilig die positive

-
- 17) Im Sinne einer dahingehenden Vermutung hat sich Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967, S. 243, 258 ff, ausgesprochen. Die von ihm zur Begründung herangezogenen Gesichtspunkte überzeugen in der Mehrzahl nicht. Zwar bergen die Kalkulierbarkeit künftiger Entscheidungen (S. 259) und das Gleichbehandlungsgebot in Fällen weitgestreckter Generalklauseln (S. 260) tragfähige Anliegen, indem sie willkürliche Rechtsprechungsbrüche vermeiden helfen (vgl. dazu BFinH BStBl. 1964 III 124 (126) = NJW 1964, 942 (943); die demgegenüber zurückhaltendere Auffassung des BVerfGE 18, 224 (239, 240 f) ist allerdings vorzuziehen. Die weiteren von Martin Kriele angeführten Gründe: Ökonomie des Instanzverfahrens (S. 260), Überspielen persönlichen Engagements, persönlicher Sympathie und Antipathie (S. 260 f) und Entlastung von neuem Durchdenken mangels neuer (woran erkennbar, wenn nicht durchdacht ?) Gesichtspunkte (S. 262) können eine Präjudizienvermutung nicht tragen. Vor allem die erhoffte Abriegelung gegen subjektiv-dezisionäre Willkürwertungen ist kaum zu erwarten. Der Richter hat genügend Raum bei der Sachverhaltsfeststellung, insbesondere der Beweiswürdigung, um selbst dort seinem von Präjudizien abweichenden manifesten

Verfassungsordnung und wird bei allgemeinen Blanketten wie dem Gemeinwohl zur konservativen Bremse gegen notwendige Anpassungen, durch die das staatliche Instrumentarium neue Entwicklungen im sozialen Bereich aufnehmen, abwehren oder hervorbringen können muß. In der Flexibilität gegenüber neuen sozialen Phänomenen liegt die wesentliche Legitimation für gemeinwohl-orientierte Generalklauseln; würde man ausgerechnet diese dynamische Wandlungsfähigkeit zugunsten eines statisch wirkenden Präjudizienbestandes beseitigen, wäre dem einzigen verfassungsrechtlich zu rechtfertigenden Argument der Boden entzogen. An die Stelle der Normativität der Verfassung träte vollends die subjektive Dezision des Richters, die sich in der beliebigen Auswahl der jeweils gewünschten Präjudizien zu entfalten vermöchte, ein Modell, das dem Richter im Bereich des Common Law gerecht werden mag, das sich aber in die formelle Rechtsverfassung des Kontinents nicht einfügt.

Willen Bahn zu brechen, wo er rein rechtliche Argumente gegen ein Präjudiz nicht wirksam glaubt durchsetzen zu können.

Erstaunen erweckt, daß auch Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961, S. 221 f, trotz der vorausgehenden, von der verfassungsgeschichtlichen Abhängigkeit allen Rechts her argumentierenden Grundorientierung zu dem Ergebnis kommt, daß rechtsstaatliche Bedenken gegen Generalklauseln dann nicht zu erheben seien, wenn diese präjudiziell ausreichend begrenzt sind. Da keine Gewähr für den Fortbestand einer Rechtsprechungslinie gegeben ist, leuchtet die Unterscheidung zwischen vorgängiger präjudizieller und nachträglicher exekutivischer (mit anschließender judizieller) Präzisierung und Eingrenzung nicht ganz ein. Sie wird zu erklären sein aus der bei Dietrich Jesch auch an anderer Stelle (aaO. S. 234 f) hervortretenden Neigung, um der Vermeidung eines auch nur vorübergehenden Rechtschaos willen gewohnheitlich ausgeformte Altrechtsbestände zunächst für gültig zu behandeln.

b) Verfassungskonforme Inhaltsgebung

Trotz der Schwierigkeiten, die aus der hierfür ebenfalls mangelhaften Präzision der meisten verfassungsrechtlichen Vorschriften im Grundrechtsbereich und in den Staatsgrundsätzen des Art. 20 GG erwachsen, ist der Rückbezug auf deren Rechtssätze angesichts des beschriebenen Ungnügens anderer Interpretationsmittel der wichtigste legitimierbare Weg. Die Auffüllung von Normblanketten, wie sie das öffentliche Interesse, das Gemeinwohl und andere Gemeinschaftsklauseln darstellen, durch den normativen Überbau der Verfassung ist kein unbekannter Vorgang.¹⁸⁾ Daß die seiner besonders bedürftigen Generalklauseln mit Gemeinschaftsbezug ihre Prägung und inhaltliche Anreicherung nur selten ausdrücklich von daher erfahren, beruht einerseits auf dem zu den Grundrechten antithetischen Grundzug, der ihnen auch heute noch teilweise beigegeben wird, zum andern aber auf der nur ungern aufgegebenen bequemen Dispositionsfreiheit, die dem Normanwender entgleiten würde, wenn mit einem diffusen und jeder Inhaltsgebung zugänglichen Begriff

ne Gewähr für den Fortbestand einer Rechtsprechungslinie gegeben ist, leuchtet die Unterscheidung zwischen vorgängiger präjudizieller und nachträglicher exekutivischer (mit anschließender judizieller) Präzisierung und Eingrenzung nicht ganz ein. Sie wird zu erklären sein aus der bei Dietrich Jesch auch an anderer Stelle (aaO. S. 234 f) hervortretenden Neigung, um der Vermeidung eines auch nur vorübergehenden Rechtschaos willen gewohnheitlich ausgeformte Altrechtbestände zunächst für gültig zu behandeln.

- 18) Aus der Rechtsprechung des BVerfG sind beispielhaft folgende Urteile zu nennen: BVerfGE 7, 198, (205 f, 215); 18, 85 (92). Aus der Rechtsprechung des BVerwG zur verfassungskonformen Anpassung an verfassungsrechtliche Forderungen vgl. die Nachweise im Rechtsprechungsbericht von Otto Bachof, JZ 1966, S. 16, 58 ff (Nr. 11 ff).

des öffentlichen Interesses, des Wohls der Allgemeinheit oder dergleichen aufgeräumt würde und an seine Stelle der Zwang träte, im Einzelfall aus den Grundsätzen der Verfassung oder aus verwandten Gesetzen mit ähnlichen Rechtsgutnormierungen ein konkretes und rechtlich anerkanntes Gemeinschaftsinteresse isolieren zu müssen. Die Schwierigkeiten, die dabei entstehen, werden im folgenden 6. Abschnitt offenbar werden.

Näherer Begründung bedarf die rückbezügliche Auffüllung der Gemeinwohlblankette aus Verfassungsrechtsnormen nicht, denn sie fügt sich ohne weiteres ein in das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Interpretationsverfahren der verfassungskonformen Auslegung, ¹⁹⁾ ohne daß mit der Auffüllung der Generalklauseln jene problematischen Zonen berührt würden, in die eine zuweilen bis zur vollständigen Umformung entartende "Auslegung" konkret ausgestalteter Sollensgebote führt ²⁰⁾.

19) Auch hier können angesichts der nahezu unübersehbaren Zahl einschlägiger Entscheidungen nur Beispiele genannt werden: BVerfGE 2, 266 (282) zu § 1 NotaufnahmG; E 2, 336 (340) zu § 172 StPO; E 6, 32 (43) zu § 7 PaBG; E 7, 120 (126 f) zu § 88 BetriebsverfG; E 7, 198 (206, 209, 215) zu § 826 BGB; E 7, 267 (273) zu § 18 UmsatzStG; E 8, 28 (33 f) zu § 6 BesoldungsrechtsändG 1951; E 8, 72 (78 f) zur WeinanbauAnord von 1937; E 8, 210 (217, 221) zu § 644 ZPO; E 11, 168 (190) zu § 9 PersonenbefördG; E 12, 151 (170 f) zu § 29 LAG; E 16, 246 (250, 253) zu § 6a StVG; E 17, 155 (165 f) zu § 129 StGB; E 18, 18 (33 f) zu § 2 I TarifVG; E 8, 85 (92) zu § 24 PatentG; E 19, 1 (5, 16) zu § 8 PreußGerichtskostG; E 19, 342 (352) zu §§ 116, 122 IV StPO; E 21, 73 (86 f) zu § 9 I GrundstücksverkehrsG. Einige weitere Entscheidungen nennen Gerhard Leibholz und H.J. Rinck, Grundgesetz, Kommentar, Köln 1966, RdZi. 4 aE. Einführung S. 6. - Zu erwähnen ist, daß die meisten der genannten Entscheidungen spezifizierte Gesetzesvorschriften betreffen. Es bedarf jedoch keines Nachweises, daß eine verfassungskonforme Auslegung gerade bei den Generalklauseln nicht den sonst angebrachten Schranken unterworfen ist und weitergehende Anpassungen an die Verfassungsordnung ermöglicht. Hier wird der Punkt unvergleichlich später erreicht, jenseits dessen dem Wortlaut der Norm oder dem objektivierten Willen des Gesetzgebers Gewalt angetan würde.

20) Siehe dazu Hans Spanner, AöR 91, 503 ff (514 ff).

Deutlicher als nirgendwo sonst muß sich an den Generalklauseln des öffentlichen Rechts, insbesondere an so allgemeinen wie den Gemeinwohlblanketten, die Verfassungsgesetz gewordene These von der Einheit der Rechtsordnung bestätigen und bewähren (Art. 1 Abs. 3 GG)²¹⁾. Sie empfangen ihren Inhalt, wenn eine eigenständige Detailentscheidung des Gesetzgebers - wie in den meisten erörterten Fällen - fehlt, aus den dafür materiell-rechtlich verwertbaren Verfassungsnormen²²⁾, zuvörderst aus den Staatsgrundsätzen des Rechtsstaats, der Demokratie, des Sozialstaats und den mit ihnen verknüpften rechtlichen Grundnormen etwa der materiellen

Eine Verletzung des "objektivierten Willens des Gesetzgebers" durch verfassungskonforme Auslegung, die bekanntlich die mit der verfassungskonformen Auslegung zulässig erreichbaren Möglichkeiten überschreitet (BVerfGE 4, 331 [350]; 8, 28 [34]), ist bei Generalklauseln ohne konkreten Regelungsinhalt kaum denkbar, es sei denn, eine gesetzesimmanente systematische Auslegung wäre möglich und ergäbe ausnahmsweise einen klaren vom Gesetzgeber gewollten Norminhalt. Beispiele für eine dementsprechende präzise gesetzessystematische Vorfixierung des Inhaltes einer Generalklausel dürften jedoch kaum auffindbar sein, da eine exakte Regelung die Generalklausel überflüssig machte und den mit ihr verfolgten gesetzgeberischen Zwecken zuwiderliefe.

- 21) Z.B. BVerfGE 1, 14 (32 f); 3, 225 (231); 12, 45 (54); BayVerfGH n.F. 4 II 31 (44); 5 II 19 (29); 10 II 101 (113); Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935, S. 11.
- 22) Roman Herzog, Neue Wege der Normenkontrolle? BayVbl. 1959, S. 276 f. spricht vom "materiellen Inhalt der Verfassung", der als sachlicher Auslegungsmaßstab gerade bei den weiten Rechtsbegriffen in das nachgeordnete Recht Eingang findet. Vgl. ferner Josef Esser, Grundsatz und Norm, Tübingen 1956, S. 69 ff; Hans J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, Jellinek-Gedächtnisschrift, München 1955, S. 233 ff.

Gerechtigkeit ²³⁾, des Übermaßverbots ²⁴⁾, der Rechtssicherheit ²⁵⁾, sodann aber und mit fast größerem Gewinn aus den Grundrechten. Sie sind der verfassungsrechtliche Ort, an dem über die rechtliche Anerkennung eines gesellschaftlichen oder persönlichen Interesses und des dadurch verkörperten menschlichen Bedürfnisses

-
- 23) BVerfGE 7, 89 (92); 7, 194 (196) und 20, 323 (331) sehen den Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit, statt ihn - an sich näherliegend - aus Art. 1 Abs. 2 GG zu kristallisieren, als dem Rechtsstaatsprinzip zugehörig an. Folgerichtig zuenedgedacht bedeutet das allerdings, daß das Rechtsstaatsprinzip als Transformationsnorm für die aus der allgemeinen Rechtslehre, Rechts- und Sozialphilosophie entwickelten Grundnormen letztlich doch mehr oder weniger naturrechtlichen Ursprungs behandelt wird und so die in BVerfGE 10, 59 (81) abgelehnte Orientierung der verfassungsrechtlichen Prüfung an Hand naturrechtlicher Vorstellungen wegen der dort herrschenden Vielfalt der Ansichten nun doch auf dem Umweg über Art. 20 GG in die positive Rechtsordnung hereingetragen wird. Sieht man sich jedoch die einzige konkrete Ableitung genauer an, die das BVerfGE bislang aus dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit gewonnen hat, nämlich die Forderung, "daß Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen" und daß eine strafrechtliche Vergeltung unzulässig sei "für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat", so gewinnt die anspruchsvolle Inkorporation der materiellen Gerechtigkeit in den Rechtsstaatsgrundsatz wieder verfassungsrechtlicher Positivität zugängliche Dimensionen (die Zitate stammen aus BVerfGE 20, 323 [331]). Nur hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf BVerfGE 13, 215 (224), wo die Steuergerechtigkeit unmittelbar zum gemeinen Wohl geschlagen wird (ähnlich BVerfGE 13, 261 [272]).
- 24) Vgl. i.e. die im folgenden, lit. d) gegebenen Nachweise. Beispielhaft seien an dieser Stelle genannt: für das Erforderlichkeitsprinzip BVerfGE 10, 354 (369); 11, 168 (183) und 21, 245 (251), für das Verhältnismäßigkeitsprinzip BVerfGE 6, 389 (439); 10, 89 (117); 19, 342 (347); 21, 220 (222).
- 25) Als "wesentlichen Bestandteil" des Rechtsstaatsprinzips bezeichnet BVerfGE 2, 380 (403) die Gewährleistung der Rechtssicherheit. Denselben Standpunkt vertreten die Entscheidungen BVerfGE 3, 225 (237); 7, 194 (196 - hier Abwägung mit Gerechtig-

entschieden wird. Da sich die wenigsten Gemeinschaftsinteressen ganz von den menschlichen Individualinteressen ablösen lassen, vielmehr mittelbar durch diese konstituiert werden, bieten sich die Grundrechte mit besonderem Vorzug für die Auffüllung auch der Gemeinwohlblankette an. Dabei ist nicht an den für die Individualrechtsbestimmung üblichen Weg gedacht, wie ihn etwa Theodor Maunz ²⁶⁾ mit dem Bild sich überdeckender Kreise vorschlägt; nicht durch "das, was vom Gemeinwohl übrigbleibt, nachdem die Reichweite des Grundrechts bestimmt ist" ²⁷⁾, soll dieses inhaltlich fixiert werden, sondern indem jene durch die Grundrechte (und sonstigen Grundnormen) rechtlich anerkannten, objektivrechtlichen

keit); 13, 261 (271); 15, 313 (319). Den Grundsatz ausreichender Voraussehbarkeit legen BVerfGE, 7, 89 (92); 8, 137 (147), des Rechtsfriedens BVerfGE 3, 225 (237) und den des Vertrauensschutzes BVerfGE 13, 39 (45); 13, 215 (223 f) in das Rechtsstaatsprinzip.

- 26) Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, 13. Aufl. München 1964, S. 99 (§ 14 I 1). Daß nach der Bestimmung des konkreten Gemeinschaftsinteresses (und nach der Bestimmung des konkreten Grundrechtsinhalts) eine Abwägung vorgenommen werden muß, die die beiderseitigen Grenzen zu einer Linie vereinigt, bedarf keiner Hervorhebung (vgl. dazu unten S. in diesem Abschnitt lit. d). Nur ist die abwägende Annäherung des Grundrechts und des Gemeinschaftsinteresses erst der zweite Schritt, der der auf beiden Seiten erforderlichen Rechtsgutanalyse nachfolgen muß.
- 27) Diese Umkehrung der auf eine Entscheidung des OVG Münster (AS 8, 277 [290]), vgl. auch BVerfGE 1, 269 [273]) zurückgehenden Sentenz, daß die Frage nach der Antastung des Wesensgehalts sich ausschließlich danach beurteile, "was nach der Beschränkung von dem Grundrecht überhaupt übrig bleibt", umschreibt vielleicht am einleuchtendsten, welche Bestimmungsmethode nicht gemeint ist. Mit diesem Bestimmungsverfahren kann nicht einmal negativ ausgedrückt werden, was nicht zu den vom Gemeinwohl gebotenen Gemeinschaftsinteressen gehört, denn ein anerkanntes Gemeinschaftsinteresse kann auch dort bestehen, wo es sich gegen ein bestimmtes grundrechtlich abgesichertes Rechtsgut nicht durchzusetzen vermag, etwa weil kein entsprechender Eingriffsvorbehalt besteht oder weil in der Abwägung dem Grundrecht das größere Gewicht beigemessen wer-

Schutzpflichten des Staates für bestimmte Rechtsgüter als sekundäre Kompetenzdeterminanten benutzt werden. Die staatlichen Schutzpflichten werden in die kompetenzerzeugenden Gemeinwohlblankette eingebaut, so daß die Eingriffsermächtigung, die vom Wortlaut her für die Gesamtheit möglicher Gemeinschaftsinteressen taugt, auf jene Gemeinschaftswertnormierungen beschränkt wird, die anderwärts für das in Frage stehende Kollektiv- oder Individualinteresse positiviert worden sind. Die Rechtsgutnormierung wird gegenständlich und inhaltlich in die Gemeinwohlklausel inkorporiert²⁸⁾. - Diese These mag in Anbetracht der herkömmlichen Entgegensetzung von Gemeinschaftsvorbehalt und Individualrechtsstatus befremdend erscheinen; zu bedenken ist jedoch, daß die Interpretation beantworten muß, ob das menschliche oder korporative Interesse, zu dessen Gunsten die Kompetenz aus der Gemeinwohlklausel eingesetzt worden soll, in sonstigen Regelungszusammenhängen rechtliche Anerkennung und Rechtsschutz erhalten hat. Entspricht der gesetzliche Schutzzweck den Intentionen, denen das Gemeinwohlblankett dient, so kann die Inkorporation nicht daran scheitern, daß die Rechtsgemeinschaft ihre Schutzpflichten für das fragliche Rechtsgut durch ein Grundrecht oder eine einfachgesetzliche Individualrechtsnorm effektuiert hat. Damit soll keineswegs in Zweifel gestellt werden, daß die typische Verwendungsart der Gemeinwohlblankette in der Gesetzespraxis zumeist individualrechtbegrenzende Wirkungen äußert, während sie als allgemeine und von

den muß. Schon gar nicht aber läßt sich der positive Inhalt der zum Gemeinwohl gehörigen Gegenstände auf diese Weise ausmachen.

- 28) Siehe dazu unten 6. Abschnitt, S. 123 ff. - Damit ist nicht die These Peter Häberles, Wesensgehaltgarantie, S. 22 m.w.Nachw., angesprochen, daß jede Grundrechtsverletzung zugleich die Interessen der Allgemeinheit tangiert. Diese Annahme ist für das hier zugrundegelegte Gemeinwohlverständnis selbstverständlich, bildet aber nicht den Kern der Konkretisierungsmethode. Gemeinsam ist beiden Gedanken die alte Feststellung Georg Jellineks, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 44, 53, daß kein Individualrecht verliehen wird, ohne das die Rechtsgemeinschaft ein (Gemeinschafts-)Interesse daran hat.

Eingriffsermächtigungen isolierte Verpflichtungsnormen nur selten auftreten. Andererseits wäre es ein Versäumnis, sich mit der Feststellung dieses dialektischen Gegeneinanders von Generalklausel und ihr unterworfenem Individualrecht zu begnügen. Allein aus der gewohnten Polarität ist eine inhaltlich hinlängliche Ausdeutung des Blanketts nicht zu gewinnen, da mit ihr das Dilemma nicht zu beseitigen ist, dem jede Grundrechtsinterpretation begegnet, nämlich zu begründen, woher die eigentliche Legitimation für den konkreten staatlichen Eingriff zu nehmen ist und welchen Interessen, Zwecken und Zielen die durch den Regelungsvorbehalt verliehene Kompetenz ohne Verletzung der Grundrechtsgewährleistung dienen darf.

Soweit zur Konkretisierung des Gemeinschaftsinteresses ausdrückliche verfassungsrechtliche Normierungen mit hinreichender Genauigkeit für einen unmittelbaren Verfassungsvollzug, sei es durch Gesetz oder sogar durch einen weiteren Ermächtigung nicht bedürftigen Exekutiv- oder Justizakt, bestehen, erübrigt sich jeder Rückbezug. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an die Art. 18, 4 Abs. 3, 5 Abs. 2, 6 Abs. 3, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3 GG, während die Regelungsvorbehalte der Art. 2 Abs. 1, 5 Abs. 2 1. Alternative, 9 Abs. 2, 13 Abs. 3 1. Alternative, 14 Abs. 2 GG sowie das Sozialstaatsprinzip ihrerseits generalklauselartigen Blankettcharakter haben und nicht allein aus sich heraus erschließbar sind.

Da jedoch überall dort, wo dem Gesetzgeber keine schrankenlose Gestaltungsfreiheit zugebilligt werden kann (das ist im Staat-Bürger-Verhältnis nie erträglich), Auslegungsverfahren gefunden werden müssen, die den Kreis der von ihm legitimerweise verfolgbaren Gemeinschaftsinteressen auf das verfassungsrechtlich Zulässige zurückzuführen erlauben, ist die erste Aufgabe darin zu sehen, eine Methode zu entwickeln, mit der die

verfassungsrechtlich normierten Sollensgebote und Wertdestinationen sowie die Dringlichkeit der dadurch anerkannten Interessen auf die Gemeinwohlblankette übertragen werden können. Den auf der Ebene der Rechtssetzung wegen des meist relativ weiten gestalterischen Ermessens des Gesetzgebers ²⁹⁾ nur in zurückhaltender Weise anzuwendenden Kontrollmaßstäben aus interpretativ gefundenen Verfassungssätzen treten auf der Ebene des Normvollzuges und der Normanwendung unvergleichbar größere Probleme zur Seite. Was in der Gesetzgebung zulässige dezisionäre und wählende Entscheidung ist, begegnet im nachgeordneten Anwendungsbereich den bereits dargestellten Bedenken, da die dezisionäre Rechtsschöpfung aus pränormativen Sollensgeboten und Wertrelationen vom demokratischen Prinzip dem Gesetzgeber zugewiesen ist. Verlagert dieser die ihm obliegende Normsetzung durch Blankette auf die zur Normanwendung berufenen Staatsorgane, so wird das Bedürfnis nach einer mittelbaren Auffüllung der Gemeinwohlblankette durch die Sollensnormen und Wertentscheidungen der Verfassung zur unabweisbaren Notwendigkeit, weil nur dadurch vermieden werden kann, daß sich im Übermaß dezisionäre Elemente einschleichen und subjektive Wertungen zur Herrschaft bringen. Da der interpretative Weg im Ansatz jedoch auf beiden Ebenen derselbe ist, sei zunächst die geläufigere Behandlung der Problematik im Verfassungsrecht erörtert, um dadurch

29) Besonders achtet das BVerfG sie im Zusammenhang mit Art. 3 GG, vgl. dazu die Nachweise bei Gerhard Leibholz-H.J.Rinck, Grundgesetz, Kommentar, Köln 1966, RdZi. 10 zu Art. 3 GG, S. 69 ff. Aber auch bei anderen ausfüllungsbedürftigen Verfassungsnormen legt es sich unter Hinweis auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers Zurückhaltung bei der Normenkontrolle auf, vgl. etwa BVerfGE 21, 73 (83) zu Art. 14 Abs. 2 GG; E 1, 91 (104); 8, 274 (329) zum Sozialstaatsprinzip und E 4, 7 (17 f); 12, 319 (323); 12, 354 (363); 14, 19 (23) zum wirtschaftspolitischen Ermessen des Gesetzgebers.

die Dimension abzustecken, in der sich die den Gemeinwohlblanketten gebührende Inhaltsgebung aus verfassungsrechtlichen Grundnormen zu bewegen hat.

c) Verfassungsrechtlich positivierte Gemeinwohlklauseln

Nimmt man die Verfassung allein beim Wort, so scheint sie dem Gemeinwohl und vergleichbaren Begriffen keine allgemeingültige Bedeutung beizumessen. Das Wohl der Allgemeinheit wird ausdrücklich nur für die dem Eigentümer obliegenden Bindungen apostrophiert (Art. 14 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 1 GG), die Interessen der Allgemeinheit werden zur Abwägung bei der Enteignungsentscheidung (Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG), die Interessen der Gesamtheit für das Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Gesetzgebung (Art. 72 Abs. 2 Zi. 2 GG), das Wohl des deutschen Volkes, als Aufgabe des Bundespräsidenten (Art. 60 S. 1 GG) und der Begriff der gemeinen Gefahr sowie der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für Eingriffskompetenzen in die Wohnungsfreiheit (Art. 13 Abs. 3 GG) herangezogen. Die übrigen Klauseln mit ausdrücklichem Gemeinschaftsbezug, wie etwa die freiheitliche demokratische Grundordnung (Art. 18, 21 Abs. 2, 9 Abs. 2 GG), die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse (Art. 72 Abs. 2 S. 3 GG), die Gefahr für Bestand des Bundes oder eines Landes (Art. 91 Abs. 1 GG), die Verhinderung von Lasten für die Allgemeinheit (Art. 11 Abs. 2 GG) und schließlich der Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft (Art. 6 Abs. 4 GG) ließen sich mit viel gutem Willen vielleicht noch zu den an sich allgemeiner und umfassender angelegten Gemeinwohlklauseln rechnen, selbst dann aber ist das Eingeständnis kaum zu umgehen, daß die Ausbeute aus den positivrechtlichen Normen der Verfassung gering bleibt. Entsprechend dürftig für die hierdurch zur Geltung gebrachten konkreten Gebots- und Wertgehalte und die damit der staatlichen Kompetenzbreite gesetzten Grenzen ist die Aussagekraft, die sich aus einer ver-

fassungsrechtlichen Exegese ergäbe, die über die wenigen genannten Vorschriften nicht hinausgriffe.

Die meisten der vorstehend genannten Gemeinwohlklauseln sind nicht so sehr als Konkretisierung der allen Staatsgewalten durch Art. 1 Abs. 3 GG aufgegebenen generellen Bindung an die Grundrechtsvorschriften der Verfassung konzipiert. Zumeist kommt ihnen nur die Funktion zu, einen allgemeinen Eingriffs- oder Regelungsvorbehalt mit dem verfassungsrechtlichen Pathos, das dem Gemeinwohl nun einmal innewohnt, zu vergolden. Die wenigen Bestimmungen, die einen spezifischen und enger begrenzten Eingriffsbereich und damit eine entsprechende Kompetenzbindung normieren, sind dort zu suchen, wo nicht der ganze Horizont der Gemeinschaftsinteressen, sondern ein partieller Ausschnitt angesprochen wird. Typisches Beispiel für eine derartige Begrenzung auf bestimmte ausgewählte Gemeinschaftszwecke ist Art. 13 Abs. 3 GG; daß ausgerechnet diese Vorschrift der Auslegung Schwierigkeiten bereitet, die gewöhnlich mit dem wenig glaubwürdigen Trick zu bewältigen versucht werden, der Verfassungsgeber habe die dem Wortlaut nach enge Kompetenzbegrenzung "unmöglich gewollt", denn er habe "an den bisher üblichen gewesenem Eingriffsmöglichkeiten nichts ändern wollen" ³⁰⁾, ist eine bezeichnende Ironie. Das

30) v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz 2. Aufl. Berlin 1957, S. 406 (Anm. IV 3 b zu Art. 13); ihm folgend Karl Brinkmann, Grundrechtskommentar zum Grundgesetz, Bonn 1967, Anm. 2 a zu Art. 13, S. 3; kritisch Prodromos Dagoglou, Bonner Kommentar, 2. Aufl. Hamburg 1966, RdZi. 68-70 zu Art. 13 GG, S. 32 f; Friedrich Giese, Grundgesetz, 4. Aufl. Frankfurt 1955, Anm. II 7 zu Art. 13, S. 34. Es ist beispielsweise nicht im mindesten einzusehen, warum der Gerichtsvollzieher außer in Fällen der Gefahr im Verzuge vor freiwillig nicht gestatteten Durchsuchungen der Wohnräume des Schuldners nicht einen richterlichen Durchsuchungsbefehl sollte erwirken können. Was bei strafrechtlichen Verfolgungsmaßnahmen möglich und grundgesetzlich vorgeschrieben ist, kann doch nicht bei den von geringerem Gemeinschaftsinteresse getragenen Vollstreckungsmaßnahmen für privatrechtliche Ansprüche mit dem unwürdigen Hin-

gilt auch dem zweiten bei Art. 13 Abs. 3 GG unternommenen Bemühen, die Eingriffsbegrenzung zu entschärfen, nämlich der Auslegung des Adjektivs "dringende" Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung³¹⁾. Werden schon bei solchen verhältnismäßig zagen Einschränkungen alle Hebel zur Verharmlosung der Vorbehaltsschranken angesetzt, so darf die Hoffnung in eine materielle Eingrenzung der durch die Gemeinwohlankette eröffneten Eingriffsmöglichkeiten nicht allzu hoch gespannt werden, solange diese Restriktion ausschließlich aus dem Verfassungsrechtsbegriff selbst erschlossen werden soll.

Die Beispiele für gleichartige Gemeinwohlnormativierungen, die aus den zeitgenössischen deutschen Landesverfassungen gewonnen werden können, sind in aller Regel kaum ergiebiger, wie der im ersten Abschnitt dieser Arbeit gegebene Überblick zeigen mag³²⁾. Dichter als im

weis abgetan werden, es sei schon immer so gewesen. Dasselbe gilt für alle anderen verwaltungsrechtlichen und gerichtlichen Durchsuchungsverfahren, bei denen sich der richterliche Durchsuchungsbefehl im übrigen zumeist wegen des freiwilligen Einverständnisses des Betroffenen entbehrlich machen wird: z. B. bei der finanzamtlichen Buchprüfung, bei baupolizeilichen Überprüfungen, bei gewerbeaufsichtlichen Untersuchungen und was der angeblich zwingenden Fälle mehr sind, in denen unabweisbare Praktikabilitätsabwägungen für eine Mißachtung der grundgesetzlichen Regelung sprechen sollen.

31) Im Sinne dieser Verharmlosung v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz 2. Aufl. Berlin 1957, S. 408 Anm. IV 5 a) zu Art. 13; Prodromos Dagtoglou, Bonner Kommentar, 2. Aufl. 1966, Rz. 115 zu Art. 13, S. 48. Im Sinne einer über die übliche "konkrete", "bevorstehende", "drohende" Polizeigefahr hinausgehenden Einschränkung, durch das Adjektiv "dringend" haben sich Gerhard Wacke, Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. Berlin 1961 S. 191 (§ 12, 1) und Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht III, 1. Aufl. München 1966, S. 47 (§ 125 II b) 3.) ausgesprochen.

32) Siehe oben 1. Abschnitt lit. a) S. 17 ff.

Grundgesetz ist die Berufung auf das Gemeinwohl und seine Synonyme nur in der Bayerischen Verfassung von 1946 und in der rheinland-pfälzischen von 1947; sie sind auch die einzigen geltenden deutschen Verfassungen, ³³⁾ die eine umfassende Verpflichtung des Staates auf das Gemeinwohl ausdrücklich statuiert haben (Art. 3 S. 2 BayVerf; Art. 1 RhpfVerf). In ihrem Bereich entsteht daher das im Grundgesetz und in den anderen Verfassungen auftauchende Problem nicht, welches der rechtliche Ort ist, an dem die generelle Bindung der Staatsgewalt an die vom Gemeinwohl begründeten Gemeinschaftsinteressen verankert werden kann ³⁴⁾. Das Auslegungsproblem, worin der rechtliche Gegenstand dieser Gemeinwohlnormativierung zu sehen ist, wird mit der ausdrücklichen Erstreckung auf alle Äußerungen staatlicher Gewalt allerdings ebensowenig gelöst. Das darf jedoch nicht dazu verleiten, in dieser Pflichtbindung nur ein deklamatives Bekenntnis ohne rechtlich verbindliche Effektivität zu sehen. ³⁵⁾

d) Gemeinwohl und Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das Ungenügen der verfassungsrechtlich positivierten Gemeinwohlklauseln ist damit hinlänglich gekennzeichnet; ihr nur schmale Zonen überdeckender Regelungsbereich und ihre selbst hier noch unzureichende inhaltliche Bestimm-

33) Ausführlicher als diese Verfassungen drückt sich Art. 1 Abs. 2 der Verfassung von Baden-Württemberg von 1953 aus. Hier sind die Rechtsgüter von allgemeinem Interesse genau umschrieben und damit rechtlich zur Bestimmung der legitimen Gemeinschaftsinteressen geeigneter. Auf diese Vorschrift wird zurückzukommen sein (vgl. unten 7. Abschnitt lit. c) S. 167 ff).

34) Dazu unten in diesem Abschnitt lit. e), S. 108 ff.

35) Karl Schweiger, Nawiaskey-Leusser-Schweizer-Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. München 1964, RdZi: 18, 2 zu Art. 3, S. 8; anders die Voraufgabe 1948, S. 79, ebenso der Ergänzungsband 1953, S. 29.

heit dürfen indessen keinesfalls in dem Sinne verstanden werden, daß die dadurch erzeugte Pflichtbindung der Staatsgewalt als abschließend und auf den positivrechtlichen Konnex zurückgedämmt angesehen wird. Mit Rücksicht auf die aufgezeigten, begriffsinhärennten Schwächen aller Gemeinwohlklauseln zu fordern, daß ihre staatsrechtliche Tragweite auf die wenigen Positivierungen beschränkt bleiben müsse, weil nur die formellrechtlichen Verfassungsrechtssätze eine maßgebliche Aussage über das Gemeinwohl geben könnten³⁶⁾, wäre Ausdruck eines mißverstandenen Positivismus. Solange die Auslegung des Gemeinwohls und seiner Synonyme am kurzen Zügel einer mittelbaren Auffüllung aus anderen Verfassungsnormen geführt wird, kann darin keine "substanzlose Blankettermächtigung für dezisionistisches Belieben"³⁷⁾ fern der positiven Verfassungsordnung gesehen werden. Würden die Gemeinwohlklauseln allerdings aus dieser Verklammerung gelöst und entgegen der ihnen in dieser Arbeit beigegebenen Wirkweise als zusätzlich zu den formellrechtlichen Regelungs- und Eingriffsvorbehalten gedachte, ungeschriebene Kompetenzerzeugungs-

36) In diesem Sinne Helmut Lenz, Rundfunkorganisation und öffentliche Meinungsbildungsfreiheit, JZ 1963, S. 338 (343). Diese These ist auch deswegen unrichtig, weil nicht nur die Verfassung, sondern, wo diese keine Regelung trifft oder ausschließt, auch die einfachen Gesetze und im nicht gesetzessakzessorischen Bereich sogar die sonstigen Staatsakte ein vom Gemeinwohl getrautes Gemeinschaftsinteresse begründen und wahrnehmen können.

37) So wörtlich Helmut Lenz aaO. (N. 36). Eine ähnliche Formulierung gibt Andreas Paulsen, Soziale Gerechtigkeit als Wertnorm der Wirtschaftsordnung, München 1948, S. 9, wenn er die nähere Ausfüllung des Gemeinwohls für gänzlich außerhalb rechtlicher Denkkategorien und "im Reiche der Überzeugung und des Glaubens" angesiedelt erachtet. Ähnlich trotz im weiteren Verlauf richtiger Behandlung des Gemeinwohlblanketts Ernst Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 124 f, dem auch das Paulsen-Zitat entnommen ist.

normen³⁸⁾ zur Geltung gebracht, so wäre der Boden des Grundgesetzes verlassen; vor allem die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers aus Art. 1 Abs. 3 GG würde unterlaufen.

Als vorbehaltsbegrenzende Verpflichtungsnormen werden sie einem von größtmöglicher Effektivität³⁹⁾ getragenen Grundrechtsverständnis dagegen gerecht. Ihr Einbau in die allgemeine Verfassungsrechtslehre⁴⁰⁾ kann deshalb auch aus der Sicht eines kompromißlosen Verfassungspositivismus nicht beanstandet werden. Ihre eigentliche Bedeutung haben die Rechtsbegriffe des Ge-

38) Zur Kompetenzerzeugung kann der oft postulierte allgemeine Gemeinschaftsvorbehalt höchstens insoweit anerkannt werden, als die Gemeinwohlbindung auf die Schutz- und Garantiepflichten beschränkt wird, die die Verfassung selbst positiviert hat: Daß eine grundrechtlich gebotene Schutzpflicht des Staates für ein bestimmtes Rechtsgut einen Gemeinschaftszweck erster Ordnung darstellt, kann nicht zweifelhaft sein. Trifft der Rechtsakt, durch den der Gesetzgeber seiner grundrechtlichen Schutzpflicht genügt, auf ein anderes Grundrecht, so kann nur die Güterabwägung beantworten, welchen der beiden kollidierenden Grundrechte der Vorzug zu geben ist. In diesem Sinne zutreffend Eike v. Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Berlin 1965, S. 26, 29, 40. Die Kritik Friedrich Müllers, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966, S. 214 und N. 616, wendet sich gegen eine Güterabwägung, die ausschließlich auf den Einzelfall abhebt und dem Verwaltungsbeamten oder Richter die Kompetenz gibt, Grundrechtsschranken durch systematische Verfassungsauslegung "nachzuzeichnen". Insofern ist vollauf zuzustimmen, nicht hingegen, wenn dem Gesetzgeber mit denselben Erwägungen die Kompetenz abgesprochen werden soll, eine Kollisionslösung für die widerstreitenden Schutzpflichten aus den Grundrechten zu normieren. - In Fällen dieser Art geht es - darauf sei ausdrücklich hingewiesen - jedoch letztlich nicht mehr um einen allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt, sondern um systematische Grundrechtsauslegung.

39) BVerfGE 6, 55 (72) unter Berufung auf Richard Thoma: Derjenigen Auslegung ist der Vorzug zu geben, "die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet".

40) Daß auch ungeschriebene Verfassungsgrundsätze heranzuziehen sind, zeigt die umfangreiche Rechtsprechung zum Verhältnismäßigkeitsprinzip und wird zum anderen ausdrücklich betont in BVerfGE 2, 380 (403); 4, 115 (140).

meinwohls 41), der Interessen der Allgemeinheit 42), des Gesamtinteresses 43), der überragenden Gemeinschaftsinteressen 44), des staatsnotwendigen Zweckes 45) und vergleichbarer Termini 46) denn auch zu- recht in diesem Bereich der allgemeinen Auslegungs-

-
- 41) Mit dem Begriff des Gemeinwohls arbeiten ganz allgemein BVerfGE 8, 275 (313, 328 f); 10, 141 (166); 10, 354 (369, 371); 12, 354 (363); 13, 206 (214); 13, 215 (225); 14, 263 (282); 17, 336 (315, 318); 18, 315 (327); 20, 162 (222); 20, 351 (356). Noch zahlreicher sind die Entscheidungen, die im Zusammenhang mit der Stufentheorie des BVerfG zu Art. 12 Abs. 1 GG von "vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls", "übergeordneten Gründen des Gemeinwohls", "dringenden Interessen des Gemeinwohls" und ähnlichem sprechen: BVerfGE 7, 377 (405); 9, 73 (79); 9, 213 (222); 10, 185 (197, 199); 11, 234 (239); 12, 144 (148); 14, 19 (22); 16, 147 (167, 177); 16, 286 (297, 300); 17, 232 (242); 18, 353 (361 f); 20, 31 (34); 20, 283 (295); 21, 150 (160); 21, 227 (232). An sich nicht hierher gehörig, wegen der zur Auslegung gesetzten Maßstäbe aufgeführt seien die Entscheidungen zu § 32 Abs. 1 BVerfGG: BVerfGE 1, 349 (350); 2, 103 (105); 3, 34 (37 f); 5, 1 (4); 7, 175 (180); 7, 367 (373); 12, 276 (280); 15, 223 (226); 18, 146 (147).
- 42) Die Interessen der Allgemeinheit sind angesprochen in BVerfGE 7, 175 (182); 8, 1 (13); 10, 354 (362); 11, 168 (184); 13, 181 (190, 205); 14, 76 (101); 14, 263 (282); 18, 85 (90); 19, 330 (340).
- 43) Gesamtinteresse: BVerfGE 7, 129 (148); 10, 234 (246); 13, 97 (105); 15, 235 (242); Gesamtwohl: BVerfGE 4, 115 (129, 141); 5, 85 (198).
- 44) Überragendes oder überragend wichtiges Gemeinschaftsinteresse: BVerfGE 7, 377 (405, 408); 9, 39 (51); 11, 168 (183); 21, 261 (267); 21, 272 (283). Wichtiges Gemeinschaftsinteresse: BVerfGE 2, 350 (405); 4, 387 (410); 7, 377 (414); 12, 144 (148); 13, 97 (107, 110); 15, 226 (234); 19, 330 (337); 21, 173 (179); 21, 345 (251). Gemeinschaftsinteresse (schlechtin): BVerfGE 7, 377 (404, 411 f); 13, 97 (107); 15, 181 (187); 20, 75 (83).
- 45) Staatsnotwendiger Zweck, staatspolitische Notwendigkeit, staatspolitische Gefahr: BVerfGE 1, 14 (36); 1, 208 (248); 4, 352 (356); 6, 32 (43); 11, 168 (184); 12, 354 (362); 13, 290 (317); 14, 121 (135). Staatssicherheit, Sicherheit der Bundesrepublik: BVerfGE 20, 162 (170, 181); 21, 239 (243).
- 46) Als hervorhebenswertester Ausschnitt aus dem Gemeinwohl wird häufig die Volksgesundheit genannt: BVerfGE

lehre des Verfassungsrechts erlangt. Die Bindung staatlicher Kompetenzausübung an legitime, vom Gemeinwohl tolerierte oder gar gebotene Gemeinschaftsinteressen, von der das Bundesverfassungsgericht in der Vielzahl der zitierten Entscheidungen ausgeht, steht auf derselben verfassungsdogmatischen Ebene wie das alle Kompetenzen gleichermaßen überwölbende Verhältnismäßigkeitsprinzip. Wie dieses eine allgemeine Begrenzung für alle staatlichen Zuständigkeiten ausbringt, die zusätzlich neben die aus den speziellen Regelungs- und Eingriffsvorbehalten hervorgehenden Schranken tritt, so ordnet sich auch die Verpflichtung aller Staatsgewalt auf die ausschließliche Wahrnehmung der vom Gemeinwohl begründeten Gemeinschaftsinteressen den speziellen Vorbehalten als ergänzende Pflichtbindung und Schranke zu. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit setzt die vorgängige Beantwortung der Gemeinwohlfrage voraus; demgegenüber stellt die Pflichtbindung aus dem Gemeinwohl einen vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unabhängigen Untersuchungsmaßstab dar.

Am Beispiel der im Handwerksurteil entwickelten Stufentheorie ist diese Bezogenheit der Gemeinwohlbindung besonders deutlich zu zeigen. Das Gericht hat den mehrgliedrigen Gedankengang hier als "das Ergebnis strikter Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit bei den vom Gemeinwohl her gebotenen Eingriffen in die Berufsfreiheit" umschrieben⁴⁷⁾. In dieser stark verdichteten

7, 377 (414); 9, 39 (51 f); 9, 73 (82); 9, 213 (221 f); 9, 338 (346); 10, 354 (369); 13, 97 (107); 17, 269 (276); 20, 283 (295). Allgemeine Wohlfahrt: BVerfGE 3, 407 (432). Öffentliches und legitimes öffentliches Interesse: BVerfGE 3, 248 (253); 4, 7 (19); 7, 230 (235); 7, 320 (323); 8, 71 (76, 80); 10, 89 (102); 10, 141 (166); 10, 234 (247); 10, 354 (363, 368, 370); 15, 235 (241); 18, 121 (132); 18, 353 (363); 19, 330 (337); 19, 342 (349); 20, 150 (157, 159); 20, 162 (214); 20, 351 (359); 21, 73 (84, 86).

47) BVerfGE 13, 97 (104).

Formel ist der zugrundeliegende gedankliche Prozeß allerdings in seiner Mehrgliedrigkeit schwer erkennbar, da sie seine Elemente nur unzureichend offenbart; zur Aufschlüsselung der damit gegebenen Aussage müssen drei Fragenkreise voneinander isoliert werden: ob nämlich die durch den jeweiligen Staatsakt wahrgenommenen Interessen solche der Allgemeinheit, also Gemeinschaftsinteressen sind und vom Gemeinwohl umfaßt werden (Gemeinwohlproblem), ob der gerügte staatliche Eingriff zur Erfüllung dieses Gemeinschaftsinteresses zwingend erforderlich gewesen ist (Erforderlichkeitsprinzip) und schließlich, ob der danach unerläßliche Eingriff nicht übermäßig belastend und unzumutbar ist, ob die Schwere der Grundrechtsbeschränkung nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Gemeinschaftsinteresse steht (Übermaßverbot).

e) Das Gemeinwohl als selbständiger Prüfungsgegenstand

Bevor die Analyse der herkömmlichen Wertfindung und Wertsetzung im Bereich der Güterabwägung des Übermaßverbots in Angriff genommen wird, sei wegen der gleichliegenden Problematik kurz die Bedeutung skizziert, die das Gemeinwohl und die aus ihm begründete Legitimität öffentlicher Interessen als selbständiger Maßstab verfassungsrechtlicher Rechtssatzkontrolle besitzen. Als Ausgangsbasis möge auch hier die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung dienen.

Beim Versuch, die Kriterien der Legitimitätsprüfung von Gemeinschaftsinteressen zu systematisieren, tritt zunächst in den Blick, daß nicht nur die Rechtsfrage, sondern gleichermaßen (und hier häufiger mit der Folge der Verwerfung) die Tatbestandsfrage zum Gegenstand der Untersuchung gemacht wird. So wird im Apotheken-Urteil der Schutz der Volksgesundheit vor den Gefahren einer unzulänglichen Arzneimittelversorgung zwar als wichtiges Gemeinschaftsgut charakterisiert, jedoch aus tatsächlichen

Gründen eine entsprechende Gefahr verneint, da die zu erwartende Vermehrung der Apotheken und deren Konzentration auf die größeren Städte aus wirtschaftlichen Gründen begrenzt bleiben werde und ein Absinken der Berufsmoral sowie eine Steigerung des Arzneimittelmißbrauchs nicht zu erwarten stehe. Aus der so als gering qualifizierten Dringlichkeit des Gemeinschaftsinteresses am Schutz vor Vermehrung der Apotheken werden dann folgerichtig die Beschränkung der Niederlassungsmöglichkeit verworfen und zum Schutz gegen eventuelle Folgewirkungen aus der Vermehrung weniger belastende Eingriffe für ausreichend erachtet⁴⁸⁾.

Diese Deduktion ist in ihrer Art typisch für eine ganze Reihe von Entscheidungen: zunächst wird der abstrakte Wert des angeblich verteidigten Gemeinschaftsgutes, etwa der Volksgesundheit, bestimmt und den Gefahren gegenübergestellt, die angeblich abgewehrt werden sollen; sodann wird in tatsächlicher Würdigung der Gefahrenlage das wirkliche, objektiv anerkennbare konkrete Gemeinschaftsinteresse herausgearbeitet und schließlich von dem auf diese Weise gewonnenen legitimen öffentlichen Interesse aus die Frage angegangen, ob die jeweilige Regelung geeignet, erforderlich, übermäßig ist. Die Ursache des Ausspruchs der Verfassungswidrigkeit kann in jedem der hintereinander geschalteten Prüfungskreise liegen. Zahlenmäßig überwiegt allerdings eindeutig die Verwerfung wegen mangelnder Erforderlichkeit⁴⁹⁾, am seltensten wird die Begründung bei der Gesetzeskontrolle

48) BVerfGE 7, 377 (414 ff, 431 f).

49) BVerfGE 2, 266 (281); 6, 55 (83); 7, 377 (430 f, 442); 9, 39 (56 ff, 62); 11, 30 (42); 12, 144 (148); 17, 269 (276 ff); 19, 330 (338 ff); 20, 150 (157); 21, 261 (269 f).

im Übermaßverbot⁵⁰⁾, häufiger dagegen noch im Gemeinwohlerfordernis gefunden. Zuweilen - so etwa auch im Apotheken-Urteil - werden bestimmte gesetzgeberische Ziele einer einheitlichen Regelung durch die Gemeinwohlprüfung, andere durch den Erforderlichkeitsgrundsatz verworfen⁵¹⁾.

Weitere Beispiele für die aus tatsächlichen Erwägungen verweigerte Anerkennung bestimmter gesetzgeberischer Zielsetzungen als legitime Gemeinschaftsinteressen finden sich in den beiden Kassenarzt-Urteilen⁵²⁾, im Urteil zum Erfordernis einer Mindestmilchmenge⁵³⁾, zur Bedürfnisklausel für Mietwagenunternehmen⁵⁴⁾, zum Verbot, Tierarzneien im Reisegewerbe zu vertreiben⁵⁵⁾ und zum

50) BVerfGE 14, 19 (23 f) - Warenautomaten-Residenzpflicht; 21, 173 (183) - fehlende Übergangsregelung bei der Inkompatibilität von Steuerberatung und Gewerbeausübung. Bei der Verfassungsrechtskontrolle von Einzelakten wird allerdings häufig aus dem Übermaßverbot argumentiert.

51) Im Apotheken-Urteil ist hinsichtlich einiger Folgegefahren auf das Erforderlichkeitsprinzip (BVerfGE 7, 377 (432 ff) hinsichtlich der Niederlassungsbeschränkung als solcher auf die fehlende Evidenz der Gefahrenlage (S. 417 ff, 431) und die daraus folgende geringe Dringlichkeit als Verwerfungsgrund abgestellt worden. Ähnlich argumentiert BVerfGE 17, 209 (276 ff), wo der Vertrieb von Tierarzneien regelmäßig für ungefährlich erachtet und ein Gemeinschaftsinteresse verneint wird, wegen einzelner gefährlicher Medikamente, bei denen ein Gemeinschaftsinteresse am Schutz der menschlichen Gesundheit bejaht wird, das Erforderlichkeitsprinzip für verletzt erachtet wird.

52) BVerfGE 11, 30 (45 ff): weder Existenznot noch unzureichende Versorgung einzelner Gebiete noch finanziell beachtliche Mehrbelastungen der Kassen seien zu erwarten, so daß vordringliche öffentliche Interessen nicht nachweisbar seien (48); E 12, 144 (148 ff) argumentiert ebenso.

53) BVerfGE 9, 39 (52 ff).

54) BVerfGE 11, 168 (187 ff). Wörtlich heißt es dort: "Wird das Vorliegen eines wichtigen Gemeinschaftsgutes verneint wie beim Mietwagenverkehr, so ist damit bereits entschieden, daß objektive Zulassungsvoraussetzungen insoweit nicht zulässig sind" (Unterstreichung von mir).

55) s. nächste Seite

Sachkundenachweis im Einzelhandel⁵⁶⁾. - Diesen Entscheidungen tritt eine deutliche geringere Anzahl zur Seite, in denen aus rein rechtlichen Erwägungen ein legitimes Gemeinschaftsinteresse verneint wird. Am prägnantesten zeigt sich die derart begrenzte Argumentation im Beschluß zu § 21 des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften i.d.F. v. 9. 6. 1963. Hier wird das öffentliche Interesse an der Erziehung des Kindes zu leiblicher, seelischer und körperlicher Tüchtigkeit als an sich legitimes Gemeinschaftsinteresse anerkannt, aber auf die Mißbrauchsabwehr gegenüber dem elterlichen Erziehungsrecht beschränkt. Ein generelles öffentliches Interesse an der Vorenthaltung jeglicher für Nacktkultur werbenden Schriften wird dementsprechend verneint⁵⁷⁾. Weitere, ein Gemeinschaftsinteresse aus Rechtsgründen ablehnende Entscheidungen betreffen den Schutz vor unerwünschter wirtschaftlicher Konkurrenz Privater untereinander⁵⁸⁾, den Schutz vor den Folgen eigener wirt-

55) BVerfGE 17, 269 (276 ff); hier wird die Mehrzahl der behaupteten Gefahren verneint und deswegen ein Gemeinschaftsinteresse insoweit verworfen; hinsichtlich einzelner zugestandener Gefahren (Antibiotika) wird das Erforderlichkeitsprinzip für verletzt erachtet, weil insoweit gezielte Vertriebsverbote ausgereicht hätten.

56) BVerfGE 19, 330 (338 ff); hier wird ein Teil der angeblichen Gefahren aus Rechtsgründen nicht zur Begründung eines Gemeinschaftsinteresses für ausreichend gehalten (Schutz vor eigener wirtschaftlicher Unvernunft ist kein öffentliches Interesse, S. 340), ein anderer Teil aus tatsächlichen Erwägungen als minder wichtiges Gemeinschaftsgut qualifiziert (Berufsstand als solcher S. 341).

57) BVerfGE 7, 320 (324 f).

58) BVerfGE 7, 377 (408); 19, 330 (342). Dieser Grundsatz ist allerdings nicht durchgehalten im Urteil zur Apothekenpflichtigkeit bestimmter Drogen, wo ein kaum verhehlter Konkurrenzschutz für die Apotheken als legitimes Gemeinschaftsinteresse bezeichnet wird (BVerfGE 9, 73 (80 f)). Gänzlich aufgegeben ist dieser Grundsatz gegenüber öffentlichen Unternehmen (Bundesbahn), BVerfGE 16, 147 (168 ff) und anderen Verkehrsträgern mit öffentlicher Aufgabenstellung, BVerfGE 11, 168 (186 ff, 190 ff).

schaftlicher Unvernunft⁵⁹⁾, den Schutz gegen Zeitungs-
werbung am Arbeitsmarkt⁶⁰⁾. In allen diesen Fällen ist
ein legitimes Gemeinschaftsinteresse ebenso verneint
worden, wie die zu allgemein gehaltene, generelle Be-
rufung auf ein öffentliches Interesse etwa an der Erhal-
tung und Förderung eines Berufsstandes schlechthin (Ein-
zelhandel)⁶¹⁾ und auf die "Einheit des Verkehrs" und den
"Verkehrsorganismus"⁶²⁾ als unzureichende Begründung für
ein Gemeinschaftsinteresse verworfen worden ist⁶³⁾.

Die bisherige Darstellung beschränkte sich bewußt auf
Entscheidungen, in denen der Mangel oder die zu gering
erachtete Wertigkeit und Dringlichkeit des untersuchten
Gemeinschaftsinteresses zum Ausspruch der Verfassungs-
widrigkeit geführt haben. Weit zahlreicher sind wegen der
Anerkennung eines weitgespannten gesetzgeberischen Gestal-
tungsspielraums die Urteile und Beschlüsse, in denen die
Gemeinwohlfrage zwar zum selbständigen Prüfungsmaßstab
erhoben worden ist, in Übereinstimmung mit der gesetz-
lichen Zielsetzung aber das in Betracht stehende Gemein-

59) BVerfGE 19, 330 (340).

60) BVerfGE 21, 271 (283, 286).

61) BVerfGE 19, 330 (341); im gegenteiligen Sinne die
schon mehrfach zitierte Handwerksentscheidung
BVerfGE 13, 97 (108 ff).

62) BVerfGE 11, 168 (183); auch hier dann in BVerfGE
16, 147 (172 ff) starke Einschränkungen: die Funk-
tionsfähigkeit des binnenländischen Verkehrs im
ganzen als Schutzgegenstand und wichtiges Gemein-
schaftsinteresse.

63) Grundlegend dazu schon das BVerfGE 7, 77 (411 f),
wo es mustergültig nicht als ausreichend erachtet
wird, "daß Ziel und Zweck der gesetzlichen Regelung
nur allgemein und schlagwortartig bezeichnet werden
... Der Inhalt des zur Prüfung stehenden Gesetzes
und die für seine Gestaltung maßgebend gewesenen
Erwägungen des Gesetzgebers müssen vielmehr im ein-
zelnen analysiert werden." (Unterstreichungen von mir).

schaftsinteresse bejaht worden ist⁶⁴⁾. Beispielhaft seien außer den soeben zitierten die besonders aufschlußreichen Entscheidungen genannt, die ein legitimes Gemeinschaftsinteresse etwa im staatlichen Schutz für die Volksgesundheit⁶⁵⁾, in der Sicherung der Ernährung⁶⁶⁾, in Abwehr gesamtwirtschaftlicher Gefahren⁶⁷⁾, in der Sicherung der Wasserversorgung⁶⁸⁾, im Schutz des Mittelstandes⁶⁹⁾, in der guten Ordnung gerichtlicher Verfahren⁷⁰⁾, in der Sicherheit des Staates⁷¹⁾, in der Vermeidung von Arbeitslosigkeit und Arbeitszeitüberschreitungen⁷²⁾ und im Interesse an rascher Bestrafung⁷³⁾ sehen. Die zur Begründung gegebenen Ausführungen stellen

-
- 64) BVerfGE 3, 248 (235) - öffentliches Interesse an gerechter Bestrafung; E 10, 354 (365) - sozialpolitisches Interesse an Zwangsversicherung; E 13, 181 (190) - Gemeinschaftsinteresse an Minderung des Alkoholkonsums; E 14, 76 (101) - Gemeinschaftsinteresse an Spielautomatensteuer; E 14, 263 (282) - Interesse der Allgemeinheit an unternehmerischer Entfaltung des Konzerns; E 15, 235 (240 f) - öffentliches Interesse an Wirtschaftsförderung; E 19, 394 (398) - Gemeinschaftsinteresse an Wahrung der ehelichen Intimität; E 20, 150 (155) - öffentliches Interesse an Vorbeugung gegen Ordnungswidrigkeiten.
- 65) BVerfGE 7, 377 (414). Weitere einschlägige Entscheidungen sind oben in diesem Abschnitt S. 106 N. 46 zitiert. Die Volksgesundheit wird von allen Gemeinschaftswerten eindeutig am häufigsten zur Legitimierung berufen.
- 66) BVerfGE 8, 71 (80); 9, 39 (51 f); 18, 315 (327); 21, 74 (83); 21, 150 (155 f).
- 67) BVerfGE 8, 275 (329); 16, 168 (186, 190); 18, 353 (362).
- 68) BVerfGE 10, 89 (102 f).
- 69) BVerfGE 13, 97 (111 f); 17, 232 (243); 19, 101 (114).
- 70) BVerfGE 10, 185 (197) - gute Ordnung des amtsgerichtlichen Verfahrens; 21, 173 (182) - geordnete Steuerrechtspflege.
- 71) BVerfGE 20, 162 (179, 181, 212). Schutz staatlicher Organe BVerfGE 1, 349 (350) und im politischen Leben Stehender BVerfGE 4, 352 (356).
- 72) BVerfGE 21, 245 (251) - Arbeitslosigkeit; BVerfGE 13, 225 (235); 13, 237 (240) - Arbeitszeitschutz; BVerfGE 13, 97 (112) - Berufsausbildung.
- 73) BVerfGE 19, 342 (348); 20, 45 (49); 20, 144 (147).

je nach der Wertigkeit des erkannten Gemeinschaftsinteresses auf "vernünftige", "sachgerechte", einsichtige" Erwägungen des Gemeinwohls, auf "legitime", "wichtige", "besonders wichtige" und auch "überragend wichtige" Gemeinschaftsgüter ab.

f) Die Wertungsmaßstäbe des Bundesverfassungsgerichts

Versucht man die Kriterien zu ergründen, nach denen das Bundesverfassungsgericht seine Wertungen über die festgestellten Gemeinschaftsinteressen findet oder setzt, so kommt der im Handwerks-Urteil gegebenen Differenzierung zwischen "absoluten" und durch positivrechtliche Akte gesetzten Gemeinschaftswerten zentrale Bedeutung zu. Im einzelnen unterscheidet das Gericht einerseits "absolute, d. h. allgemein anerkannte und von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängige Gemeinschaftswerte (wie z.B. die Volksgesundheit)" und andererseits Gemeinschaftsinteressen "..., die ihm - dem Gesetzgeber - nicht in diesem Sinne 'vorgegeben' sind, die sich vielmehr erst aus seinen besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen ergeben, die er also erst selbst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen erhebt"⁷⁴⁾.

Von größerem Interesse ist die erstgenannte Gruppe, denn bei den vom Gesetzgeber gesetzten Gemeinschaftswerten ist die Verfassungsrechtskontrolle darauf beschränkt, offensichtlich fehlsame⁷⁵⁾, systemdurchbrechende und in sich widerspruchsvolle⁷⁶⁾, willkürlich differenzierende⁷⁷⁾,

74) BVerfGE 13, 97 (107).

75) In diesem Sinne ausdrücklich BVerfGE 10, 234 (248 f); 13, 97 (107, 114). Vergleichbare Formulierung in BVerfGE 4, 1 (7); 7, 305 (315); 12, 326 (333); 18, 121 (124).

76) BVerfGE 2, 380 (403 f); 12, 341 (349); 13, 331 (340); 18, 366 (372 f); 18, 315 (334).

77) Diese Fälle werden durch das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG abgedeckt, vgl. die Nachweise bei Leibholz-Rinck, Grundgesetz, Köln 1966, RdZi. 9 f zu Art. 3, S. 69 ff.

unverhältnismäßige und vor allem grundrechtsverletzende Wertungen über die jeweils verfolgten Gemeinschaftsinteressen abzuwehren. - Bei jenen "absoluten" Gemeinschaftswerten, die ihrerseits zugleich eine Grenze für den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum darstellen, drängt sich die Frage von selbst auf, woher die Kriterien zu nehmen sind, die sie als Vorgegebenheit erscheinen lassen. Da außer dem wiederkehrenden Bekenntnis zum objektiven Wertsystem des Grundgesetzes⁷⁸⁾, das etwa für den Sittenbegriff zudem durch den Rückgriff auf außerrechtliche Ordnungen relativiert wird⁷⁹⁾, keine verfassungsdogmatische Grundlegung ersichtlich ist, sei der induktive Weg eingeschlagen und anhand mehrerer typischer Beispiele versucht, methodische Gesetzmäßigkeiten aus dem Rechtsprechungsmaterial zu entdecken.

Was also ist ein "allgemein anerkannter und von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängiger Gemeinschaftswert"? - Am häufigsten wird als solcher die Volksgesundheit genannt⁸⁰⁾; gemeint ist natürlich trotz der an rassenideologische Erinnerungen anklingenden Ausdrucksweise die menschliche Gesundheit der durch die jeweilige Regelung geschützten Staatsbürger⁸¹⁾. Wenn auch nicht bezweifelt werden kann, daß sie unbestritten als wichtiges Gemeinschaftsgut anzuerkennen ist⁸²⁾, scheint es doch bezeichnend, daß nur im Urteil zur Altersgrenze für Heb-

78) Beispielsweise BVerfGE 5, 85 (204 ff); 6, 32 (40); 6, 55 (71, 83); 7, 198 (205); 10, 59 (81); 13, 290 (317); BVerfG Beschl. v. 2. 5. 1967 - 1BvR 578/63 - NJW 1967, 1411 (1412).

79) BVerfGE 7, 198 (215).

80) Dazu die Nachweise in diesem Abschnitt oben S. 106 N. 46.

81) Ausdrücklich mit dieser Formulierung BVerfGE 17, 269 (276); 20, 352 (362).

82) Während BVerfGE 7, 377 (414) den Gemeinschaftswert für "unbestritten" erachtet, hält ihn BVerfGE 9, 39 (51) keiner Begründung bedürftig.

ammen eine nähere Rechtfertigung durch die großen Gefahren und die Schutzbedürftigkeit der Mütter und Kinder bei der Geburtshilfe unternommen wird⁸³⁾. Ein Rückgriff auf eine positivrechtliche Norm fehlt allerdings auch hier, obwohl die rechtliche Anerkennung als wichtiger Gemeinschaftswert unschwer aus der Grundrechtsgarantie der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und der daraus erwachsenden Pflicht des Gemeinwesens, alle zu deren Schutz erforderlichen Regelungen zu treffen, hätte begründet werden können. Die körperliche Unversehrtheit ist durch die Grundrechtsverbürgung "vorgegeben", von der jeweiligen Politik unabhängig; die ausdrückliche Normierung der Bindungswirkung in Art. 1 Abs. 3 GG erübrigt eine Rechtfertigung aus der Natur der Sache oder einem wie immer gearteten Selbstverständnis. Gleichzeitig schafft eine dergestalt positivrechtliche Begründung die Basis, von der aus beantwortet werden kann, wie weit jenes "Vorgegebensein", jene "Absolutheit" reicht, wenn dieser Gemeinschaftswert mit anderen in Widerstreit liegt⁸⁴⁾. Die Argumentation aus einem nicht näher fundierten Wert der Volksgesundheit vermag das nicht. Nur ausnahmsweise als eingriffslegitimierende Gemeinschaftswerte⁸⁵⁾, häufiger

83) BVerfGE 9, 338 (346).

84) Nämlich anhand der Regelungs- und Eingriffsvorbehalte und durch verfassungssystematische interpretative Begrenzung. - Wie beispielsweise die Befugnis zum Schußwaffengebrauch bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs (etwa § 10 UZwG v. 10. 3. 1961, BGBl. I 165) sollte gerechtfertigt werden können, wenn die menschliche Gesundheit als "absoluter" Wert verstanden wird, bliebe unbegründbar, während der Rückgriff auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG den Gesetzesvorbehalt des S. 3 miteinbezieht und derartige Beeinträchtigungen der Gesundheit legitimieren kann, vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, RdSt. 18 zu Art. 2 II.

85) In dieser Verwendung in der Wehrdienstverweigerer-Entscheidung, BVerfGE 12, 45 (51); im Feldmühle-Urteil, BVerfGE 14, 263 (282 f); und wohl auch im KPD-Urteil, BVerfGE 5, 85 (204 ff). Als objektivrechtliche Grundnorm für die Auslegung in BVerfGE 6, 32 (40 f); 7, 377 (405); Beschl. v. 2. 5. 1967 - 1 BvR 578/63 - NJW 1967, 1411 (1413)

in ihrer objektivrechtlichen Qualität als Auslegungsgrundnormen werden der den staatlichen Organen aufgebene Schutz und die ihnen gebotene Achtung von der menschlichen Würde und Freiheit verwandt. Für das verfassungsgerichtliche Wertverständnis ist diese auch ohne wörtliche Bezugnahme auf die Grundrechtsnormen der Art. 1 und 2 GG offensichtliche Anknüpfung im vorliegenden Zusammenhang deswegen besonders aufschlußreich, weil trotz Fehlens einer ausdrücklichen Betonung ihres "absoluten Vorgegebenseins" eine solche Bewertung deutlich wird. Wenn der Schutz der menschlichen Würde und freien Entfaltung der Persönlichkeit in einen unlösbaren Konnex zur freiheitlichen Demokratie gesetzt und als "oberster Zweck allen Rechts" erkannt wird, dann braucht nur um der Prägnanz willen erwähnt zu werden, daß dieser staatlich zu gewährleistende Schutz nicht allein in seinem konkurrierenden Individualbezug, sondern vor allem als Mittel zur Bewahrung dieser "obersten Rechtsgüter der Gemeinschaft" verstanden wird⁸⁶⁾.

Diese objektivrechtliche Legitimierung aus der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und die Verklammerung mit dem am Gemeinwohl orientierten Interesse der Allgemeinheit gewinnt vor allem in der Antinomie zu anderen Grundrechten und den an sie herangetragenen Beschränkungen Bedeutung. In der aus sozialstaatlichem Aspekt zunächst befremdend anmutenden Feldmühle-Entscheidung, die ein Interesse der Allgemeinheit in dem aus Art. 2 Abs. 1 GG gefolgerten Recht zur freien Entfaltung der

86) So wörtlich BVerfGE 12, 45 (51). Im KPD-Urteil wird die aus der Menschenwürde und seiner eigenverantwortlichen freien Entfaltung gefolgerte geistige Freiheit "geradezu als Voraussetzung für das Funktionieren dieser Ordnung" der Demokratie bezeichnet, BVerfGE 5, 85 (205), und daraus die staatliche Aufgabe abgeleitet, "auch im Verhältnis der Bürger untereinander für Gerechtigkeit und Menschlichkeit zu sorgen" (S. 206). Die damit statuierte staatliche Förderungspflicht sei hervorgehoben, da aus ihr ein Gemeinschaftsinteresse folgt.

unternehmerischen Initiative im Konzern erblickt und ihm den Vorrang vor den mehr kapitalistischen Interessen der Minderheitsaktionäre einräumt, wird dieses Gemeinschaftsinteresse mit dem Attribut gewichtiger Gründe des gemeinen Wohls versehen und dementsprechend gegenüber der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG bevorzugt⁸⁷⁾. Auf derselben Ebene und deshalb ähnlich bemerkenswert ist die zwischen Individualrechtsgut und Interesse der Allgemeinheit hergestellte Verbindung, wenn eine möglicherweise verfassungswidrige Freiheitsentziehung als schwerer und nicht zu behebender Schaden für das gemeine Wohl erachtet wird; wenn die der rechtlichen Anerkennung anderer Interessen vorgehende Pflicht des Gesetzgebers zur Wahrung der Intimsphäre der Ehegatten aus dem Gemeinwohl gerechtfertigt wird; oder wenn die Meinungsäußerungsfreiheit wegen ihres für die demokratische Gemeinschaft konstituierenden Wertes über die Bedeutung, die sie als Individualrecht genießt, hinausgehoben wird⁸⁸⁾.

Das Gemeinsame aller dieser Fälle ist, daß der eigentlichen individualrechtlichen Funktion, wie sie aus den Grundrechten folgt, ein Gemeinschaftsinteresse angelagert wird, das entweder dazu dient, dem Individualrechtsgut eine durch das Gemeinwohl gebotene Förderung durch staatliche Rechtsakte angedeihen zu lassen oder es durch ein parallel liegendes Gemeinschaftsinteresse zu verstärken, ihm also einen höheren Wertrang zu verleihen. Nachdem das Individualrecht über die Brücke des objektivrechtlichen Grundrechtsverständnisses zum Gemein-

87) BVerfGE 14, 263 (282).

88) BVerfGE 18, 146 (147) - betrifft § 32 Abs. 1 BVerfGG; E 20, 31 (34) - betrifft Ehemäklerlohn; die individualrechtliche und die kollektivrechtliche Seite der Meinungsäußerungsfreiheit ist besonders klar in BVerfGE 12, 113 (125) gegeneinandergestellt; ähnliche frühere Äußerungen dazu in BVerfGE 5, 85 (205); 7, 198 (208, 219).

schaftsinteresse geworden ist, tritt das Grundrecht zugunsten des so gewonnenen Gemeinschaftswertes zurück, wenngleich dieser seine Wertigkeit und die Dringlichkeit seiner Befriedigung in erster Linie als Reflex aus der verdrängten Grundrechtsnorm empfängt. Deren positiv-rechtlicher Gehalt bleibt zwar letzter Grund und wichtigste Komponente für die Beantwortung der Gemeinwohlfrage, Anlaß und Legitimation für die jeweiligen Rechtsakte ist aber das dadurch konstituierte Gemeinschaftsinteresse sowie dessen Wert und Dringlichkeit.

Von besonderer Bedeutung für die Bestimmung dessen, was zu den legitimen öffentlichen Interessen zu rechnen ist, erscheinen in zahlreichen Entscheidungen das Sozialstaatsprinzip und einzelne aus ihm abgeleitete wirtschafts- und sozialpolitische Gemeinschaftsinteressen⁸⁹⁾. Mit den sozialstaatlichen Gemeinschaftswerten ist jedoch der Horizont über jene Gemeinwohlwerte hinaus erweitert, die in der Rechtsprechung als dem Gesetzgeber vorgegeben angesehen werden. Von Anfang an hat das Bundesverfassungsgericht betont, daß die Forderungen der Sozialstaatlichkeit nicht im einzelnen durch verfassungsrechtliche Exegese ermittelt werden können, sondern der Ausgestaltung und Verwirklichung durch den Gesetzgeber überlassen bleiben

89) Zum Sozialstaatsprinzip als solchen BVerfGE 5, 85 (206); 8, 275 (329); 17, 1 (11, 25). Bei folgenden Gemeinschaftsgütern ist ein Bezug zum Sozialstaatsprinzip hergestellt worden: Soziale Sicherheit: E 10, 354 (365, 368); Verhinderung von Arbeitslosigkeit: 21, 245 (251) - dieses ist sogar als "absoluter" Wert im Sinne der Definition aus dem Handwerks-Urteil gekennzeichnet worden; Mittelstandspolitik: E 13, 97 (111 f); 17, 232 (243); 19, 101 (114); Berufsförderung: 7, 97 (110); 11, 30 (45 f); 19, 330 (340 f); Berufsförderung: 7, 377 (406, 414); 13, 97 (112); 15, 235 (240 f); 21, 245 (253); Pfändungsschutz für Renten: E 11, 283 (289, 292); Schutz des Verbrauchers: E 9, 39 (51 f); 19, 330 (338); Schutz des Kleinaktionärs: 14, 263 (286); Eigentumbildung: E 12, 354 (363); Sicherung eines angemessenen Preisniveaus: E 8, 275 (329); Sicherung der Ernährung: E 8, 71 (80); 9, 63 (71); 18, 315 (327); Sicherung der Wasserversorgung: E 10, 89 (113).

müssen⁹⁰⁾. Die ihm dabei zuerkannte Gestaltungsfreiheit schließt es zumindest auf der verfassungsrechtlichen Ebene nicht aus, dem Sozialstaatsgrundsatz den Rang eines absoluten Gemeinschaftswertes im Sinne der im Handwerks-Urteil gemachten, oben wiedergegebenen Differenzierung beizumessen; ausdrücklich ausgesprochen ist das jedoch nicht. Daß mit Rücksicht auf die sozialstaatliche Zielsetzung häufig vom Gesetzgeber statuierte Gemeinschaftsinteressen als wichtige oder sogar überragend wichtige mit erhöhter Eingriffslegitimation qualifiziert werden, im Einzelfall sogar als "absolute" Werte⁹¹⁾, steht dazu nicht im Widerspruch; die mangelnde Bestimmtheit der Sozialstaatsforderungen begrenzt die wertende richterliche Beurteilung nur in der anderen Richtung.

Wie die Grenzziehung zwischen wichtigen, überragend wichtigen und sonstigen Gemeinschaftswerten vorgenommen wird, läßt sich selten klar erkennen. Die grundsätzliche Aussage, daß die Qualifizierung als wichtiges Gemeinschaftsgut dem Gesetzgeber und seiner dezisionären Bestimmungsfreiheit offenstehe⁹²⁾, gibt keinen zuverlässigen Anhalt, denn wenn in einer konkreten gesetzlichen Regelung ein spezifisches Gemeinschaftsinteresse verfolgt oder gefördert wird, pflegt dem keine graduelle Angabe über dessen Wertigkeit beigegeben zu werden. Das einzige Kriterium, das aus der Tatsache der gesetzlichen Wahrnehmung eines Gemeinschaftsinteresses folgt, ist dessen relativer Vorrang vor den dadurch zurückgesetzten übrigen Gemeinschaftsgütern und vor den zugunsten des Gemeinschaftsinteresses beschränkten Individualrechtsgütern. Aus deren Rechtswert wäre ein mittelbarer Schluß auf die gesetzgeberische Bewertung des stärker zur Geltung gebrachten Ge-

90) BVerfGE 1, 97 (105); 8, 275 (329).

91) BVerfGE 9, 39 (52); 13, 97 (107 f); 19, 330 (338). Als von der jeweiligen Politik unabhängigen und damit "absoluten Wert" hat BVerfGE 21, 243 (251) die Pflicht zur Verhinderung von Arbeitslosigkeit qualifiziert.

92) BVerfGE 13, 97 (107).

meinschaftsinteresses dann ermöglicht, wenn die Beachtung des Übermaßverbots durch den Gesetzgeber unterstellt wird, denn dieses machte die Verfolgung niederwertigerer oder weniger drängender Gemeinschaftsinteressen unzulässig. Auch diese Wertfindung hilft der richterlichen Beurteilung jedoch nicht weiter; hielte man sich nämlich im Rahmen des stets einzuhaltenden gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes für die verfassungsgerichtliche Rechtssatzkontrolle verbindlich, so wäre die Prüfungskompetenz auf das gleiche eingeschränkte Maß zurückgedämmt, das für schlichte Gemeinschaftswerte angenommen wird. Da die Unterscheidung des Gerichts zwischen einfachen und wichtigen Gemeinschaftsinteressen jedoch gerade eine beanspruchte erhöhte Kontrollzuständigkeit zum Ziele hat und das Gericht bezüglich der an wichtige Gemeinschaftsinteressen zu stellenden Anforderungen den Spielraum gesetzgeberischen Ermessens deutlich enger versteht, kann die mittelbar erschlossene gesetzgeberische Wertsetzung der verfassungsgerichtlichen Wertfindung nicht kurzerhand substituiert werden.

Wenn als Kriterium für den Rang eines Gemeinschaftsinteresses in mehreren Entscheidungen die besonderen Gefahren und Nachteile hervorgehoben werden, denen die gesetzliche Regelung begegnen soll⁹³⁾, so scheint damit auf den ersten Blick ein Werturteil über das Gemeinschaftsinteresse an der Vermeidung oder Beseitigung dieser Störung oder Gefahr gegeben zu sein. Daß das jedoch ein Irrtum wäre, weil mit der Gefährlichkeit der Situation, die gemeistert werden soll, nicht über den Wert des geschützten Gemeinschaftsgutes, sondern über die Dringlichkeit der Interessenbefriedigung eine Aussage getroffen wird, kann nicht zweifelhaft sein⁹⁴⁾. Das sozialstaatliche Gemeinschaftsinteresse etwa an der Gewährleistung eines Existenzminimums

93) BVerfGE 7, 320 (325); 8, 143 (145); 9, 338 (346); 20, 283 (293, 295); 20, 352 (361 f.).

94) Von einer Differenzierung zwischen "allgemeinem Rang" des Rechtsgutes, zu dessen Schutz Maßnahmen ergriffen werden, und seiner "Gefährdung" geht zutreffend BVerfGE 20, 162 (213, 214) aus.

für alle unverschuldet in Not geratenen Staatsbürger verändert seine rechtliche Wertigkeit nicht dadurch, daß die Zahl der Unterstützungsbedürftigen sich durch wirtschaftliche Krisenlagen stark erhöht; wohl aber steigert sich die Dringlichkeit, die seine Erfüllung erheischt, mit der Folge, daß unter Umständen gleichwertige, aber weniger drängende sonstige Aufgaben zugunsten dieses dringlicheren Gemeinschaftsinteresses zurückgestellt werden müssen.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß eine in sich geschlossene und von der Basis der oft berufenen einheitlichen wertsystematischen Ordnung der Verfassung ausgehende Methodik der Wertfindung oder auch Wertsetzung nicht auszumachen ist. Eher das Gegenteil, nämlich eine situationsbezogene, vom Einzelfall diktierte, weithin dezisionäre Wertsetzung scheint zur Gewohnheit geworden zu sein⁹⁵⁾, sobald der Kreis der sogenannten "absoluten" Werte - Volksgesundheit - und der "obersten" Werte - Menschenwürde - verlassen ist. Bei dergestalteter Unsicherheit in der nicht nur für die nachfolgende Güterabwägung unbedingt notwendigen Bestimmung der zugrundezulegenden Güterwerte lassen sich die Bedenken verstehen, die dieses Verfahren angesichts seiner Mängel herausfordert⁹⁶⁾.

95) Insofern ist die Kritik Hans H. Rupps, BVerfG und Berufsfreiheit, AöR 92 (1967), S. 233, berechtigt.

96) Etwa Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität, Berlin 1967, S. 208 ff m.w.N. in N. 600; Joseph Kaiser, Diskussionsbemerkung, VVDStL 22 (1965), S. 178.

6. Abschnitt

Zur Methode der Wertbestimmung

=====

In der gesetzgeberischen Entscheidung gewinnt das Gemeinwohl seine inhaltliche Präzisierung als Rechtsbegriff aus dem dialektischen Verhältnis verschiedener Interessen zueinander. Je nach dem normativen "Wert", d.h. der einem Interesse gesetzlich verliehenen Ranghöhe gegenüber anderen Interessen und der damit zugleich ausgedrückten relativen Dringlichkeit der Befriedigung des begünstigten Interesses folgt aus der gesetzgeberischen Entscheidung entweder ein Gemeinschaftsvorbehalt, der andere kollektive oder individuelle Rechte und Interessen zurückzudrängen vermag, bzw. ungehemmt von ihnen ausgeübt werden kann; oder aber die Norm erzeugt ein Individualrecht, das sich anderen Individual- oder Kollektivinteressen gegenüber durchzusetzen geeignet und bestimmt ist. Die Paarungen, die sich antagonistisch gegenüberstehen und innerhalb deren der Vorrang und die Dringlichkeit eines bestimmten Interesses vor dem zurückgesetzten anderen zu finden ist, können vereinfacht ausgedrückt - aus mehreren widerstreitenden Individualinteressen, aus mehreren widerstreitenden Kollektivinteressen oder aus widerstreitenden Individual- und Kollektivinteressen bestehen.

Wenn die gesetzgeberische Entscheidung keine präzise formulierten Rechtsgutnormierungen hervorgebracht hat, sondern den Rechte- und Pflichtenstatus allein oder partiell durch ein Gemeinwohlblankett steuert, ist nicht zu vermeiden, daß das gesamte Spektrum rechtlich geschützter Interessen für die Konkretisierung der Generalklausel herangezogen werden muß. Der Bogen dieser Interessen reicht von den Staatsinteressen einschließlich jener

vielberufenen Staatsraison, vom Apparatinteresse, über die Gemeinschaftsinteressen der Gesamtheit, über partielle Gruppeninteressen pluralitär angelegter Gliederungen der Gesellschaft bis hin zu den Individualinteressen, die entweder gemeinschaftsbezogen oder außerhalb jeglicher Integration in gemeinschaftliche Bezüge existent sind.

Mit dieser Beschreibung der Interessenkategorien ist weder eine Entscheidung über den Wert noch über die relative Dringlichkeit getroffen, die einzelnen Gütern aus diesen Kategorien zukommen. Daß sich jeder Interessenschichtung, soll sie nicht nur Ordnungssystem sein, sondern für den Einzelfall rechtlich erhebliche Aussagen erlauben, ein Gefälle abnehmender Wertigkeit oder auch eine Ebene der Gleichwertigkeit zugesellen muß, wird einsichtig, wenn man sich die historischen staatsphilosophischen Richtungen in ihrer Gegensätzlichkeit und Vielfalt ins Bewußtsein ruft. Die Stichwörter Individualismus, Utilitarismus, Universalismus und Kollektivismus mögen genügen. Da die gegenwärtige Verfassungsordnung der Person, ihrer Würde und ihrem Persönlichkeitsstreben einen vor anderem hervortretenden Wert beimißt¹⁾, und jede Form totalitärer, aus sich selbst gerechtfertigter und in diesem Selbstzweck aufgehender indoktrinärer und unumschränkter Staatlichkeit ablehnt, erscheint es sinnvoll, die skizzierten Interessenkategorien von ihrem Beziehungsverhältnis zum Individuum her in den Blick zu nehmen. Daß genau der umgekehrte Weg, nämlich die Projektion auf die im Gemeinwohl summierten Gemein-

1) Wichtigste Folgerung daraus für das Gemeinwohlverständnis ist die Schutz- und Förderungspflicht des Staates für diese Individualwerte, vgl. vorläufig Günter Dürig, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, München 1966, RdZi. 3, 48 zu Art. 1 I, RdZi. 99 zu Art. 1 III. Siehe i. e. unten im folgenden 7. Abschnitt lit. b) S. 150 ff.

schaftsinteressen, möglich wäre, sei nur angemerkt. Angesichts der verfassungsrechtlichen Grunddeterminanten erleichtert der hier beschrittene Weg jedoch das weitere Vorgehen.

Aus diesem Blickwinkel lassen sich alle denkbaren Interessen, mag ihre Befriedigung vom Gemeinwohl in concreto gefordert, bzw. geduldet sein oder nicht, je nach ihrer Nähe oder Ferne zur Person ausdrücken. Entsprechend diesem Entwurf wären die individuellen und gemeinschaftlichen Interessen nach folgenden Kategorien zu systematisieren:

- (1) als reine Individualinteressen der Person, d. h. als Interessen, deren Wahrnehmung und Gegenstand weder gesellschaftlich noch durch andere Individualinteressen bedingt ist, an denen niemand sonst teilhaben oder Anstoß nehmen kann, - Beispiele: die Freiheit des inneren Glaubens, Gewissens und Wertempfindens, die Freiheit, zu lieben und zu hassen;
- (2) als Individualinteressen, die aus der Stellung der Person in der Gesellschaft erwachsen oder durch ihre Sozialverbundenheit mitdeterminiert werden, sei es in einschränkender, sei es in bestärkender Weise, - Beispiele: das Eigentum, das Recht der körperlichen Unversehrtheit, das Elternrecht zur Kindererziehung;
- (3) als Individualinteressen, die sich mit einer Vielzahl gleichartiger Interessen anderer zu einem uneigentlichen Kollektivinteresse summieren, ohne daß durch diese Summierung ein Kollektivinteresse mit eigenem Wert entstünde; im uneigentlichen Kollektivinteresse ist die Gesamtzahl der summierten Individualinteressen unverändert erhalten, sie ist nicht zu einem übergeordneten Ganzen integriert; - Beispiele: die Volksgesundheit, die Sicherung der Ernährung, die Gewährleistung eines Mindeststandards

für alle unverschuldet in Not geratenen Mitbürger, das Recht, Interessenverbände zu bilden;

- (4) als zu einem Kollektivinteresse integrierte, d. h. aus ihrem ursprünglichen Bezug zur Person gelöste und durch die Multiplikation mit gleichartigen oder divergierenden Interessen anderer veränderte Individualinteressen; die Beziehung zum Individualinteresse ist mittelbarer Art, das Kollektivinteresse dient und wird dadurch instrumentales, modales Interesse, das Individualinteresse erscheint als Reflex; - Beispiele: die öffentliche Meinungsbildung, die Institutionen der Daseinsvorsorge, die Instanzen der Konfliktschlichtung, die demokratischen Wahl- und Organbildungsprozesse, die Bewahrung der legitim gesetzten Ordnung des Rechts;
- (5) als Kollektivinteressen ohne jeden individual determinierten Bezug mit ausschließlich apparativer Determination, - Beispiele: die Sicherheit und Funktionsfähigkeit der Staatsorgane, die interne Zuständigkeitsordnung, soweit sie nicht durch verfahrensrechtliche Grundrechte vorgeformt ist, die Außenpolitik, soweit sie jenseits der Verteidigung der innerstaatlichen Grundordnung nach außen steht, die staatliche und apparative Prachtentfaltung.

Daß auch mit dieser Systematisierung möglicher Individual- und Kollektivinteressen nach ihren Elementen und nach dem unmittelbaren, mittelbaren oder fehlenden Bezug auf das Individuum keine Bewertung dieser Interessen im Hinblick auf den Rang ihres Rechtswertes und die Dringlichkeit ihrer Befriedigung verbunden ist, erhellt von selbst. Soll der gegebene Aufriß zur Bestimmung von Gemeinwohlblanketten tauglich werden, so bedarf es zusätzlicher Kriterien, nach denen sich sowohl vertikale Wertungen über verschiedene Interessenkategorien hinweg wie

auch horizontale Wertungen von Interessen innerhalb ein und derselben Kategorie finden lassen.

Da die Mehrzahl der Gemeinwohlblankette normimmanente Wertungsmaßstäbe nicht enthält, wird durch sie zwar eine öffentlich-rechtliche Handlungsmöglichkeit geschaffen, nicht aber erkennbar gemacht, wann und wie das mit Hilfe des Blanketts begrenzbare Interesse zu weichen hat oder das förderbare Interesse zu begünstigen ist, kurz, welche Verpflichtung und inhaltliche Bindung ihnen für die staatlichen Organe innewohnt. Soll das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, d. h. als eine auf einem bestimmten Normzweck ausgerichtete Generalklausel, nicht einer pränormativen Ordnung oder einer rein subjektiven Willkürde-zision ausgeliefert sein, so müssen durch den Rechts-satz selbst, seinen gesetzessystematischen Zusammenhang und ergänzend durch seine Einbettung in das gleichran-gige oder übergeordnete Normensystem die fehlenden Wer-tungskriterien geliefert werden. Dafür bieten sich vor allem die Grundrechte und die Staatsfundamentalnormen des Art. 20 Abs. 1 GG, aber auch deren einfachgesetzliche Konkretisierungen an, insbesondere dort, wo die Regelungs-zusammenhänge sich gleichen. Vor allem aus den Grundrech-ten, im Grunde aber aus allen Vorschriften mit indivi-duellem Bezug ergeben sich - wie im nächsten Abschnitt anhand einiger Beispiele auszuführen sein wird - staat-liche Schutzpflichten und Schutzgarantien für eine Viel-zahl von Rechtsgütern. Auch die im Privatrecht positi-vierten Rechtsgüter und Rechtsansprüche sind Ausdruck entsprechender Schutzpflichten, denn nur für schutzwür-dig erachteten Individualinteressen wird Rechtsschutz, wird die Garantie der Rechtsgemeinschaft zuteil²⁾.

2) So schon Georg Jellinek, System der subjektiven öffent-lichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 44, 53.

Weil die in den Gemeinwohlblanketten zusammengefaßten Gemeinschaftswerte ein verselbständigtes Interessenintegrat, eine Summe gleichartiger und gleichgerichteter Einzelinteressen oder gar - wie bei der polizeilichen Gefahrenabwehr für Privatrechtsgüter³⁾ - ein singuläres Individualrechtsgut⁴⁾ sein können, müssen die Überlegungen bei der Blankettkonkretisierung auf ein gleich breites Spektrum verwandter oder zumindest ähnlicher Rechtsgutnormierungen ausgreifen.

Der mit der Interessenanalyse gesteckte Rahmen für die aus verfassungsrechtlichen Wertnormierungen und kompetenzgerecht erlassenen sonstigen Rechtsakten jeweils im Einzelfall zu gewinnende Interessenwertung erleichtert das weitere Vorgehen insofern erheblich, als die Fluchtpunkte für die Aufschlüsselung des unter dem Allgemeinwohl

3) Vgl. etwa § 3 HessSOG vom 17.12.1964

4) Als Summe individueller Interessen etwa bei Anton Menger, Neue Staatslehre, 3. Aufl. Jena 1906, S. 161; C. E. Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht, Hirths Annalen 1884, S. 321 (332); Sir Ivor Jennings, Parliament, 2. Aufl. Cambridge 1957, S. 184: "the national interest is nothing more than the sum total of the individual interests ... in groups". Als Durchschnittsinteresse bei Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlich-rechtlichen Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1905, S. 43; Edmund Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person, AöR 5 (1890), S. 169 (241, 286); Peter Hartmann, Interessenpluralismus und politische Entscheidung, Heidelberg 1965, S. 17 f, 31 f. Als eigenwertige, nicht summierte Einheit: Max Lauer, Prinzipien des Enteignungsrechts, Leipzig 1902, S. 219; Albert Haenel, Deutsches Staatsrecht I, Leipzig 1892, S. 83; August Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878, S. 111; J. Neumann, Das öffentliche Interesse, Hirths-Annalen 1886, S. 357 ff (389 ff); Viktor Cathrein, Moralphilosophie, 2. Aufl. Leipzig 1924, S. 553. Gänzlich ablehnend Karl Brinkmann, Freiheit und Verfassung, Bonn 1963, S. 232 ff, dessen Nutzenargument aber deswegen nicht zu überzeugen vermag, weil auch apparativer Nutzen durch die Zurechnung auf das Gemeinwesen zum Gemeinschaftsinteresse werden kann.

und vergleichbaren Begriffen verborgenen Interessenkonglomerats vorab gegeben werden können. Sieht man die Vielfalt aller Individual- und Gemeinschaftsgüter als im Rechtsbegriff des Gemeinwohls institutionalisiert an, so kann der Rechtswert partieller Gemeinschaftswerte nur aus den jeweils begünstigten Individualgütern und den für sie bestehenden staatlichen Schutzpflichten oder mangels solcher finaler Zwecke nur aus den gemeinschaftswertsetzenden Normierungen des positiven Rechts gewonnen werden. Ein Ausweichen auf andere normative Ordnungen verbietet sich durch die Dichte der positiv-rechtlichen Grundentscheidungen insbesondere in den Grundrechten der Verfassung und der zu ihrer näheren Ausprägung erlassenen sonstigen Rechtsakte. Die daraus zu isolierenden Wertentscheidungen haben, auch wo sie nicht mehr als Leitlinien ziehen - man denke an die Präambel zum Grundgesetz oder an Art. 1 Abs. 2 - den Vorzug, dem Streit der Ideen und Weltanschauungen stärker entzogen zu sein als die vielfältig schillernden außerrechtlichen Wertvorstellungen.

Die summarische Formel vom öffentlichen Interesse, vom Gemeinwohl und von dergleichen Begriffen wird dadurch transparent und an den Wertungen des positiven Rechts durch rationale Methoden jenseits subjektiver Dezinon meßbar. Solange Individual- und Gemeinschaftsgüter als ungegliedertes Konglomerat hingenommen und allenfalls an nicht minder unbestimmten Grundwerten wie der Gerechtigkeit, dem Grundsatz des *suum cuique* oder auch einer apokryphen Staatsraison ihr Maß finden sollen, sperren sie sich jeder rational begründbaren Bewertung. Mit dieser Grobeinstellung ließen sich höchstens extreme Fehlgriiffe entlarven, alle übrigen auf solche axiomatischen Werte rekurrierenden Begründungsversuche enden zwangsläufig in subjektiven Wertpräntionen und taugen darum wenig für ein rechtsstaatliches Gemeinwesen, das alle

Rechtsakte selbst dort rational durchsichtig machen muß, wo die Verfassungsordnung ausdrücklich wertsetzende Akte zuläßt oder vorsieht. Von dahingehenden rechtlichen Kontrollmöglichkeiten kann jedoch keine Rede sein, wenn allzu vorschnell politisches und sonstiges Zweckmäßigkeitsermessen postuliert und demzufolge kein Gegenstand organschaftlichen Waltens gedacht werden kann, der nicht schon allein durch die Tatsache seiner staatlichen Wahrnehmung den Deckmantel eines öffentlichen Interesses erhielte. Ob organschaftliche Zwecksetzungen und die zu ihrer Verfolgung unternommenen Maßnahmen vom öffentlichen Interesse, vom Gemeinwohl getragen sind, ist durchaus eine Antwort, die das positive Recht zu geben vermag, sobald man sich bemüht, eine Aufschlüsselung des Interessenintegrats zu erreichen.

Die Aufgliederung des Gemeinwohlbegriffs in seine Wertbestandteile für einzelne Individual- und Gemeinschaftsinteressen erweist es zudem als irrige Annahme, daß mit der schlichten Berufung auf das Gemeinwohl oder eines seiner Synonyme eine Aussage über den Vorrang eines konkreten Gemeinschaftsinteresses gemacht werden kann, dem ein im Gemeinwohl verankerter Gemeinschaftswert beigelegt worden ist. Gemäß der wertrangigen Abstufung, die einander begegnende Güter, ob von Individual- oder Gemeinschaftsbelang, in rechtliche Ordnung fügt, und gemäß der Dringlichkeit, die die staatlichen Schutzpflichten für diese Güter verschiedenartig macht, verkörpert das Gemeinwohl entsprechende Rangstufen finaler und modaler Werte. Es kann daher keinesfalls als ein wie immer gearteter amorpher Wert verstanden werden, aus dem ohne nähere Analyse Wertqualitäten für die in Frage stehenden Individual- oder Gemeinschaftsinteressen isoliert werden könnten⁵⁾.

5) Ähnlich - wenn auch teilweise von naturrechtlicher Sicht her argumentierend - Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München 1965, § 29 III a 3, S. 134 f.

7. Abschnitt

Demokratie, Menschenwürde, Sozialstaat als wich-
tigste Gemeinwohlwerte.
=====

Zum Abschluß dieser Untersuchung seien das demokratische Prinzip, die staatliche Schutzpflicht für die Menschenwürde und das Sozialstaatsgebot als die hervorhebenswertesten Determinanten für die Wertfrage der Gemeinschaftsinteressen skizziert. Diese Beschränkung auf einige paradigmatische Verfassungsnormen ist notwendig, da eine umfassende Darstellung des verfassungsrechtlichen Systems der Gemeinschaftswerte eine gründliche Exegese insbesondere der Grundrechtsnormen erforderlich machen und den hier gesetzten Rahmen zwangsläufig sprengen würde. Da die Bestimmung des Gemeinwohlwertes jedoch für jedes durch organschaftliche Rechtsakte verfolgte Gemeinschaftsinteresse - wie im vorangehenden Abschnitt dargelegt - anhand der konkreten Zwecksetzung und der ihr zur Seite tretenden normativen Bewertung erfolgen muß, kann durch die beispielhaft zu verstehende Erörterung der nachfolgenden Verfassungsnormen ein Maßstab gesetzt werden, der die Methodik der Wertbestimmung auch für die anderen Grundrechte und Staatsfundamentalnomen aufzeigt.

Das demokratische Prinzip, der Schutz der Menschenwürde und Persönlichkeitsentfaltung sowie das Sozialstaatsgebot sind nicht nur deswegen ausgewählt worden, weil die Verfassung selbst ihnen einen höheren Rechtswert als den sonstigen Grundrechten und Organisationsnormen zuerkannt hat (Art. 79 Abs. 3 GG), sondern weil sie für die verschiedenen Interessenkategorien stärkere Aussagekraft als einzelne Grundrechtsnormen haben. Das demokratische Prinzip stellt die wichtigsten Determinanten für die Bewertung der apparativen Kollektivinteressen

und die integrierten Gemeinschaftsinteressen, die Schutzgarantie für die Menschenwürde erlaubt bei den summierten Gemeinschaftsinteressen eine nach dem Persönlichkeitswert gestufte Wertbestimmung für die rückbezüglich in Betracht genommenen Individualwerte und das Sozialstaatsprinzip schafft die Kriterien für die Stärke der staatlichen Schutzpflichten und die Dringlichkeit der durch die organisierte Gemeinschaft zu leistenden Abwehr von Gefährdungen.

a) Das demokratische Prinzip

Demokratische Staatlichkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 GG meint zweierlei, eine Garantie demokratischer Staatswillensbildung als Verfahrensprinzip und eine Rechtswertnorm als materiale Staatszweckfixierung und -schränke.

Die wichtigsten Folgerungen aus dem demokratischen Verfahrensprinzip sind bereits in anderen Zusammenhängen aufgerissen worden: der Vorrang der demokratisch legitimierten, im Rahmen der verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielräume verbleibenden gesetzgeberischen Entscheidung gegenüber vorpositiven Gemeinwohlnormen, anders gewendet, der Vorrang der mehrheitlichen Gemeinschaftsinteressenbewertung von jeder anderen, auf vermeintlich bessere Einsichten gestützten sozialetischen Wertung ¹⁾; die durch eine strikte Gesetzesbindung und den Ausschluß dezisionärer Wertsetzungen verwirklichte demokratische Verantwortlich-

1) In dieser Betonung des demokratischen Aspektes, nämlich der Parallele zwischen Gemeininteresse und Gemeinwillen, liegt das wesentliche Verdienst der Dissertation Günter Dürigs, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs "Öffentliches Interesse", München 1949, S. 38 ff.

keit der außerhalb einer demokratischen Bestätigung stehenden Amtsträger; die Pflicht zur vorgängigen empirischen Untersuchung mehrheitlicher Rechtszeugungen bei blanketten Wertungsermächtigungen, die durch rückbezügliche, abgeleitete Wertfindung nicht ausgefüllt werden können; und schließlich die demokratisch zu begründende Publizitätspflicht und der von der Offenlegung der Entscheidungswahrheit ausgehende Zwang zur Rationalität abgeleiteter Rechtsakte.

Die besondere Bedeutung dieser Verfahrensprinzipien gerade für die Gemeinwohlblankette sei durch folgende Überlegungen ergänzt. - Jede Rechtserzeugung beruht auf einem Akt der Willensvereinheitlichung, in dem subjektives Wollen zu normativem Sollen umschlägt ²⁾. Die rechtliche Bewertung beliebiger Interessen beruht im demokratischen Staat nicht auf einer im "Gemeinwillen" oder "objektiven Volksgeist" vorgegebenen Sachlogik, sondern ausschließlich auf dem verfassungsrechtlich fixierten Entschließungsverfahren und der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung. In der Willensvereinheitlichung setzt sich die pluralitäre Interessendiversität und -konkurrenz in sanktionierte Rechtswerte und -befehle um. Der gegebene Ort ist vorzüglich die parlamentarische Rechtsetzung; sollen die übrigen staatlichen Organe durch die gesetzten Kompetenzregeln eine demokratisch ausreichende Legitimation erhalten, so muß der Gesetzgeber nicht nur "die Grundgedanken und Ziele seines gesetzgeberischen Willens vollkommen deutlich machen" ³⁾, sondern außerdem die in den Gemeinwohlblanketten mitgegebene Unbestimmtheit auf das gesetzestechnisch unabdingbare Maß beschränken, er muß

2) Hermann Heller, Allgemeine Staatslehre, Leiden 1934, S. 264 f.

3) BVerfGE 17, 306 (317).

überall dort, wo ohne Not auch stringente Formeln eine hinlängliche Verfolgung wechselnder Gemeinschaftsinteressen ermöglichen würden, auf die Verwendung offener Generalklauseln verzichten. Insofern wird die rechtsstaatliche Forderung der Bestimmbarkeit (Art. 80 Abs. 1 GG) durch die demokratische Ordnung der staatlichen Willensvereinheitlichung überwölbt. Der Gesetzgeber mißbraucht sein gesetzstechnisches Gestaltungsermessen, wenn durch Blankettformeln die Entscheidung auf nachgeordnete Organe verlagert wird, ohne daß gesetzestechnische Notwendigkeiten dies gebieten.

Die Hoffnung in präjudiziell vorgeformte Blankettbegriffe ist trügerisch und kann deswegen - wie das mit Vorliebe bei den polizeilichen Generalklauseln geschieht - die Verwendung weiter Ermächtigungen nicht legitimieren. Die Gefahren mögen in normalen gesellschaftlichen Situationen minder groß sein, im Zuge politischer Krisen und Umwälzungen begünstigen Blankette öffentlichen Rechts unerträgliche Einbrüche auf "kalten Wege" 4); das "gesunde Volksempfinden" und "Gemeinnutz geht vor Eigennutz" sind anschauliche, nun historisch gewordene Inhaltsgebungen für Gemeinwohlblankette, die ursprünglich anders gedacht waren. Wo die Inhalte von Gemeinwohlbegriffen in einer wie immer gearteten Vorfixierung gesucht werden, begibt sich der Gesetzgeber seiner Entscheidungszuständigkeit und bereitet dadurch den Weg für subjektive Dezsionen anderer Amtsträger - eine Gefahr, die um so schwerer wiegt, als sich in jedem

4) Dieses Phänomen hat Justus Hedemann, in seiner im April 1937 erschienenen Arbeit über "Die Flucht in die Generalklauseln" vorausgesagt, weil die schon vom Wortlaut her moralisierende Tendenz der meisten Generalklauseln sie für den revolutionären Wandel geradezu prädestinierte, S. 60.

Wertungsakt ohnehin Tatbestandsermittlung und Wertung verschränken ⁵⁾ und dadurch Raum für dezi-
sionäre Entscheidungselemente schaffen.

Demokratie als materialer Staatszweckgrundsatz heißt, daß alle staatliche Kompetenzwahrnehmung dem Wohl der Allgemeinheit zu dienen hat, daß das staatliche Instrumentarium nicht der jeweils herrschenden Gruppe dienstbar gemacht werden darf, daß der staatliche Apparat sein Selbstverständnis nicht darin finden darf, "hinter den Schaltern das Gemeinwohl gegen das Volk von Interessenten" ⁶⁾ zu verteidigen. Soll diese Materialisierung des Demokratieverständnisses nicht dazu führen, daß über die Brücke des Gemeinwohls vorpositive Normen als demokratische Vorgegebenheiten ausgewiesen werden, dann müssen die Determinanten einer am Gemeinwohl orientierten demokratischen Staatlichkeit allerdings aus dem Demokratieverständnis der Verfassung und nicht - wie dies eine neuere Richtung versucht ⁷⁾ - in einer sozialetischen Bestimmung gesucht werden, die auf seingesetzliche oder transzendente Rechtfertigungen rekurriert.

Die im Demokratiegebot enthaltene Verpflichtung auf das Gemeinwohl - das Bundesverfassungsgericht folgert sie außerdem aus dem Rechtsstaatsgrundsatz ⁸⁾, aus dem Wesen der Grundrechte ⁹⁾ sowie aus dem Verhältnis-
mäßigkeitsprinzip ¹⁰⁾, kann damit aber nur den Eingriffsbereich abdecken - erzeugt Begrenzungen und kann

5) Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl. Heidelberg 1960, S. 106, 111 f; siehe ferner Josef Esser, Grundsatz und Norm, Tübingen 1956, S. 256 f.

6) Rupert Breitling, Die zentralen Begriffe der Verbandsverfassung, PVS 1960, S. 47 (60).

7) Etwa Wilhelm Walter, Die sozialetische Definition der Demokratie, Freiburg (Schweiz) 1962, S. 10 ff; Ernst v. Hippel, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, VVDStL 10 (1952) S. 1 (11, 32); zutreffend Günter Dürig Maunz-Dürig, Grundgesetz, München 1966, RdZi. 19 f. zu Art. 2 Abs. 1 GG, der die Gemeinwohlbindung

deswegen allein zur Restriktion der dem staatlichen Apparat verfügbaren Kompetenzen verwendet werden. Eine Kompetenzerzeugung ohne positiven Verfassungsrechtssatz nach Art der weiterhin bejahten ungeschriebenen (Bundes)kompetenzen¹¹⁾ kann dem Gemeinwohlgedanken nicht entnommen werden; seine normative Wirkung ist Verpflichtung. - Das bedarf näherer Begründung, da in dieser Begrenzung des staatlichen Handlungsermessens kein selbstverständliches Attribut jeder Staatlichkeit beschlossen liegt.

Soweit die Grundrechte gegen apparative oder demokratisch mehrheitliche Machtausübung negatorischen und Minderheitenschutz gewähren, ist keine zusätzliche Verankerung im Demokratiegebot vonnöten. Gemeinschafts- und Individualinteressen der obigen Kategorien 1 bis 3, also verantwortungsfreie und sozialgebundene Individualinteressen sowie summierte Gemeinschaftsinteressen, können durch die Schutzpflichten konkretisiert und begrenzt werden, durch die die begünstigten Grundrechtsgüter garantiert sind. Die reinen Kollektivinteressen und teilweise auch die integrierten Gemeinschaftsinteressen der Kategorien 4 und 5 müssen dagegen anders bewertet werden, neben dem Sozialstaatsprinzip vor allem durch das Demokratiegebot.

Diese ergänzend neben geschriebenen Kompetenzschränken tretende Begrenzung für die Ausübung staatlicher Kom-

ausschließlich auf die Verfassungsrechtsnormen beschränkt.

8) BVerfGE 17, 306 (313 f); 19, 342 (349). In der verfassungsmäßigen Ordnung verankert in BVerfGE 10, 89, (102); 10, 354 (370); 15, 235 (239, 243); 17, 306 (313); 20, 150 (159).

9) BVerfGE 19, 342 (349).

10) BVerfGE 7, 377 (405); 10, 354 (370); 15, 235 (239, 243); 17, 306 (313).

petenzen ist deswegen zu fordern, weil ein historischer Rückblick offenbar macht, daß eine Vielzahl staatlicher Verbände im Selbstzweck des Staates eine systeminhärente Rechtfertigung auch für andere als durch das Wohl der Allgemeinheit der Staatsbürger bedingte Zwecke und Ziele gesucht und gefunden hat. Darin braucht sich keineswegs ein pervertierter Exzeß zu verbergen wie der Mord gewordene Rassenwahn des nationalsozialistischen Staatsapparates; jede Herrschaftsorganisation, die sich selbst als Eigenwert, als Selbstzweck und nicht rein instrumental als der Gemeinschaft zu Diensten versteht, neigt zwangsläufig dazu, die ihr verfügbaren staatlichen Herrschaftsmittel mehr oder weniger ausgeprägt zugunsten des eigenen Gruppeninteresses und zugunsten des von ihr beherrschten Apparates einzusetzen¹²⁾. Ihr Vehikel pflegt die vielberufene Staatsraison zu sein; unter ihrem Signum kann auch die Demokratie zu dem werden, was Ernst Troeltsch mit dem bitteren Wort von der "Demokratie als der Herrschaft der Berufspolitiker" auszudrücken versucht hat¹³⁾. Demokratie als materiales Prinzip heißt daher vor allem, daß der Staat

11) Zusammenfassend dazu Norbert Achterberg, Zulässigkeit und Schranken stillschweigender Bundeszuständigkeiten im gegenwärtigen deutschen Verfassungsrecht, AöR 86 (1961), S. 83 ff. und Die Annexkompetenz, DÖV 1966, S. 695 ff.

12) Seine Kampfhaltung gegen den Hochkapitalismus des Kaiserreichs verleitet Anton Menger, Neue Staatslehre, 3. Aufl. Jena 1906, S. 158 f., sogar dazu, darin den einzigen Zweck der Herrschenden im Staat zu sehen; alles andere sei nur Vorwand. Ähnlich Gaetano Mosca, Die herrschende Klasse, nach der 4. Aufl. übersetzt von Franz Borkenau, Bern 1950, S. 53.

13) Ernst Troeltsch, Deutsche Zukunft, Berlin 1916, S. 26 f. unter Berufung auf Hans Delbrück.

nicht zum Werkzeug einer Gruppe und deren Interessen werden darf ¹⁴⁾, wenngleich dadurch die Förderung von Gruppen, soweit sachgebotene Differenzierungen im Rahmen eines demokratischen Gleichheitsverständnisses verbleiben, nicht ausgeschlossen sind ¹⁵⁾.

In dieser aus dem demokratischen Prinzip zu ziehenden Folgerung liegt, wie ein kurzer Blick in die Staatslehre des 19. Jahrhunderts zeigt, keine weltfremde Selbstverständlichkeit. Erinnert sei an die Namen Friedrich Wilhelm Schelling, Adam Müller, Heinrich Zöpfl, Georg Waitz und Heinrich v. Treitschke ¹⁶⁾.

14) BVerfGE 5, 85 (200 f., 224); 3, 52 (85 f.); Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 197. Der in dieser Arbeit verwandte Begriff instrumentaler, modaler Gemeinschaftsinteressen versucht die Identität von Staatszweck und Allgemeinwohl auszudrücken und ist daher von dem insbesondere in der kommunistischen Staatstheorie gebräuchlichen Verständnis des Staates als Instrument, gemeint ist Herrschaftsinstrument, der herrschenden Klasse konträr unterschieden. Dieses letztere Verständnis hat auch Herbert Krügers Kritik im Auge. - Daß die häufig berufene Identität der Beherrschten und der Herrschenden (etwa Carl Schmitt, Verfassungslehre, Berlin 1928, S. 234 f.; K.G. Wernicke, Bonner Kommentar, 1. Aufl. Hamburg 1954, Anm. II c zu Art. 20 GG) auch im demokratischen Staat nicht verdecken kann, daß sich Staatsbürger und Apparat wie eh und je gegenüberstehen, stellt die herrschende Grundrechtsauslegung zutreffend in Rechnung. Wäre die Formel richtig, so könnte in ihnen nur ein Minderheitenschutz, nicht aber ein negatorischer Status gesehen werden. Als materiales Prinzip ist die Identitätsformel allerdings aussagekräftig: es gibt keinen legitimen Staatszweck, der nicht den Beherrschten, wohl aber den Herrschenden zum Vorteil gereicht.

15) BVerfGE 4, 7 (19); 12, 354 (365).

16) Friedrich W. Schelling, Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums (1803), X. Vorlesung a.E.; Adam Müller, Elemente der Staatskunst (1809), 2. Vorlesung III. a.E., zitiert

Sie alle haben den Staat als Selbstzweck verstanden und seine Aufgabe in der kulturellen, wirtschaftlichen und machtpolitischen Entfaltung erblickt - ein Staatsverständnis, dem auch die heutige Zeit mit ihrem neu polarisierten Hegemonialdenken keineswegs fremd gegenübersteht. Zwar konnte diese Richtung der Staatszwecklehre nie allgemeine Gefolgschaft erringen, wenn man an die theokratische Transzendenz Friedrich Julius Stahls ¹⁷⁾, den auf Jeremias Bentham zurückgreifenden spätliberalistischen Eudämonismus August Thons und Herrmann Rehms ¹⁸⁾ und vor allem die Gemeinziecklehre Albert Haenels ¹⁹⁾ denkt, in der sich bereits ein demokratisches Staatszweckverständnis ankündigt. In der weiten Verbreitung der Selbstzwecklehre scheint deutlich offenbar zu werden, daß aus dem Staatsbegriff als solchem keine Begrenzung der staatlichen Kompetenzen im instrumentalen Sinne einer Gemeinwohlbindung zu gewinnen ist - wie heute noch Herbert Krüger ²⁰⁾ anzunehmen bereit ist. Die Le-

nach der Ausgabe von Ottmar Spann, Die Herdflamme, Jena 1922, S. 48 f.; Heinrich Zoepfl, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, 4. Aufl. Heidelberg 1855, Bd. I, 48 f.; Georg Waitz, Grundzüge der Politik, Kiel 1862, S. 11; Heinrich v. Treitschke, Politik Bd. I Leipzig S. 67 f.; ferner gehören hierher Friedrich Brunstäd, Deutschland und der Sozialismus, Berlin 1924, S. 106; Carl Schmitt, Der Wert des Staates und des Einzelnen, Hellerau 1917, S. 86 ff.

- 17) Friedrich Julius Stahl, Philosophie des Rechts, 3. Aufl. Heidelberg 1856, Bd. II/2 S. 179 f.; ebenso Der christliche Staat 2. Aufl. Heidelberg 1858, S. 29.
- 18) August Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878, S. 111; Herrmann Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes, Hirths Annalen 1885, S. 90.
- 19) Albert Haenel, Deutsches Staatsrecht I, Leipzig 1892, S. 82 f.
- 20) Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 763 ff.

schränkung auf die der Allgemeinheit der Staatsbürger dienenden Gemeinzwicke ergibt sich erst aus der konkreten Staatszwecksetzung: für das Grundgesetz aus dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten demokratischen Prinzip.

Dem Gemeinwohl als Rechtsbegriff kommt dabei die Aufgabe zu, jedes staatliche Handeln mit Schranken zu umgeben. Seine Erfüllung muß daher auch in den Fällen, in denen die Ausübung staatlicher Kompetenzen nicht inhaltlich durch konkrete Verpflichtungsnormen gebunden ist, als Tatbestandsvoraussetzung für deren Wahrnehmung gedacht werden. Die Tatsache der Verfolgung eines Interesses durch die staatlichen Amtsträger birgt zwar das Indiz, daß der Rechtsakt dem Gemeinzweck dient, eine rechtliche Vermutung kann aus der bloßen Tatsache jedoch keinesfalls abgeleitet werden. Inwieweit der Rechtsakt trotz objektiv fehlenden Gemeinzwecks Bindungswirkungen erzeugen kann, ist ausschließlich eine Frage der gesetzlich vorgesehenen Erkenntnis- und Verwerfungskompetenzen ²¹⁾. Ein Mißbrauch der Herrschaft über den Staatsapparat zugunsten des Apparates selbst oder zugunsten der durch ihn vertretenen Gruppen kann dadurch nie gerechtfertigt werden.

Die wichtigste und angesichts der Staatspraxis keineswegs nichtssagende Folgerung aus dem demokratischen Prinzip ist daher dahin zu formulieren, daß ausschließlich apparative Interessen in der Hierarchie der Rechtswerte an das Ende zu setzen sind und das eine Begünsti-

21) Zur Prüfungskompetenz und Bindung der Verwaltung vgl. Otto Bachof, Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, AöR 67 (1962), S. 1 ff.

gung des Herrschaftsapparates und der in ihm mit Ämtern betrauten Personen nur dadurch legitimiert werden kann, daß dem allgemeine Staatsbürgerinteressen konkurrieren. So kann es beispielsweise durch die Regierungsaufgabe des Bundeskanzlers gerechtfertigt werden, daß dieser für seine Wochenendreisen Sonderzüge mit "heißen Drähten" und Amtspersonal benutzt, nicht aber, daß der Verkehrsminister kraft seiner Direktionsgewalt über die Bundesbahn sich Salonwagen für Wahlreisen bereitstellt. So widerspricht die unter dem Prätext einer Aufklärung über die Regierungspolitik mit staatlichen Mitteln finanzierte Wahlpropaganda der Regierungspartei dem Gemeinzwirk der Demokratie, deren Steuermittel nur zum allgemeinen Wohl, nicht aber zugunsten der jeweils herrschenden Gruppe verwendet werden dürfen. So läßt sich die wahrheitswidrige Propaganda durch regierungsamtliche Organe und Sprecher nur als mißbräuchliche Form der an sich legitimen Gruppenkonkurrenz in der Demokratie ausweisen. So kann die Gewährung finanzieller Subsidien an notleidende Industrien, deren Erhaltung zwar im Gemeinzwirk liegen mag, nicht in einem Ausmaß gerechtfertigt werden, daß diesen die Ausschüttung von Kapitaldividenden erlaubt. So kann die Überlassung von Amtsräumen eines Ministeriums an das Generalsekretariat einer Regierungspartei nur als apparativer Mißbrauch - selbst bei Zahlung einer Raummiete - ausgewiesen werden, zumindest solange andere Regierungsdienststellen noch in Baracken untergebracht sind. So dürfen diplomatische Verbindungen nicht zu kompetenzwidrigen Verhaftungsaktionen des Verteidigungsministers eingesetzt werden. So darf die Aufsicht über gemeinwirtschaftliche und im Staatsbesitz befindliche Wirtschaftsunternehmen nicht zur verborgenen Aufbesserung der Dienstbezüge von Ministern, die sich bei der Aufsichtsführung durch leitende Beamte vertreten lassen, führen. - Die Beispiele, die keineswegs aus der Luft gegriffen sind, lie en sich be-

liebig vermehren. Auch in der Demokratie ist das politische Establishment trotz einer weitreichenden Kontrolle durch die öffentliche Meinung der ständigen Versuchung ausgesetzt, sich die Verfügbarkeit des staatlichen Instrumentariums zum eigenen Vorteil umzumünzen. Da die als wiederkehrende Suche nach Verantwortung konzipierten demokratischen Wahlakte durch eine propagandistische Perfektion, die die meisten Mängel zu überdecken vermag, als formaldemokratische Kontrolle nicht als ausreichend erachtet werden können, muß in diesen Fällen eine am materialdemokratischen Prinzip ansetzende Rechtskontrolle trotz der oft berufenen Gefahr des Justizstaates sie vertreten.

Daraus ist etwa die Folgerung zu ziehen, daß im Bereich des Haushaltsrechts die überkommene Wirtschaftlichkeitskontrolle durch den Bundesrechnungshof ergänzt wird durch objektive Normenkontrollverfahren, wie sie das Bundesverfassungsgericht zutreffend im **Streit über die Parteifinanzierung** für zulässig erachtet hat ²²⁾. Daraus folgt, daß eine Vorschrift, wie sie dem Titel 300 des Bundeshaushaltsplanes beigegeben ist, wonach die Verwendungskontrolle allein dem Präsidenten des Bundesrechnungshofes obliege, verfassungswidrig ist, weil sie eine Verwendung von Haushaltsmitteln zu Zwecken ermöglicht, deren Orientierung am Gemeinzwirk nicht gesichert ist.

Die damit hinlänglich gekennzeichnete Grundforderung eines demokratischen Gemeinwohlverständnisses läßt noch eine weitere Verallgemeinerung zu. Nicht nur das Erfordernis, daß die apparative Nützlichkeit eines organ-schaftlichen Rechtsaktes ihren Rechtswert aus einem zumindest konkurrierenden potentiellen Interesse der

22) BVerfGE 20, 52 (86 ff.).

Allgemeinheit der Staatsbürger gewinnen muß, ist Gegenstand des demokratischen Gemeinwohlgedankens; auch die Wertigkeit kollektiver Interessenwahrnehmung bestimmt sich nach dem Maße der Allgemeinheit, die durch den Rechtsakt im Sinne einer reflexiven Begünstigung angesprochen wird. Scheidet man die rechtsstaatlich-grundrechtlichen und die sozialstaatlichen Determinanten, in denen weitere Elemente des Rechtswertes konkreter Gemein Zwecke zu suchen sind, zunächst aus, so zeigt die Zahl und Größe der potentiell durch bestimmte Rechtsakte erfaßten Gruppen den demokratischen Rechtswert an; dieser erlangt seinen höchsten Rang, wenn die potentiell erfaßte Allgemeinheit die Gesamtheit der Staatsbürger ist.^{22a)} Formuliert man diese Aussage als Rechtsgrundsatz des demokratischen Gemeinwohlprinzips, so gilt für die rein kollektiven Interessen und die integrierter Gemeinschaftsinteressen, daß der Gemein zweck staatlicher Aufgabenerfüllung desto geringer wird, je kleiner die potentiell geförderte oder reflexiv begünstigte Gruppe ist, die als Adressat des Rechtsaktes angesprochen ist. Eine ähnliche Aussage scheint der allgemeine Gleichheitsgrundsatz zu geben; beschränkt man ihn jedoch - wie das die herrschende Lehre zutreffend aus der Sicht des subjektiven Status tut, der durch ihn gewährt wird - auf die Abwehr willkürlicher Differenzierungen²³⁾, dann kann dem demokratischen Gemeinwohlbegriff als objektivrechtliche

23) Gerhard Leibholz - die Ausführungen in Leibholz-Rinck Grundgesetz, Köln 1966, RdZi. 19 zu Art. 3, S. 82, scheinen entgegen der sonstigen Zurückhaltung des Kommentars aus seiner Feder zu stammen - stellt auch bei der Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GG einen sich anbahnenden Interpretationswandel in Richtung auf ein stärker egalitäres Verständnis fest.

22a) In diesem Sinne Erich Streißler, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, Freiburger Ringvorlesung WS 66/67, Karlsruhe 1967, S.1ff, 15 f.

Verpflichtungsnorm für die Kompetenzausübung ein darüberhinausgehendes Gebot entnommen werden: Demokratische Egalität fordert nicht nur die Unterlassung sachwidriger Differenzierungen, sondern verbietet jede Gruppenbegünstigung, die nicht durch rechtsstaatlich-grundrechtliche oder sozialstaatliche Schutz- und Garantiepflichten des Staates geboten oder legitimiert ist.

So wenig man diesen Grundsatz als Theorem demokratischer Staatlichkeit wird bezweifeln können, so schwierig ist es, aus ihm konkrete Verpflichtungsnormen abzuleiten. Wie der im Sozialstaatsgebot normativisierte Sozialgestaltungsauftrag des Gemeinwesens dem Gesetzgeber relativ weite Gestaltungsspielräume öffnet, so wenig kann eine am Maß der Allgemeinheit der Adressaten gewonnene Rechtswertanalyse als stringente Bindung in dem Sinne postuliert werden, daß die tatsächliche Wahrnehmung staatlicher Aufgaben nur solange verfassungsmäßig legitimiert ist, als nicht alle Gemeinziele größerer Allgemeinheit erfüllt sind. Die Schwierigkeiten, die das Verständnis der Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG bereitet, umreißen dies zur Genüge. Immerhin wird man den vor allem für das Haushaltsrecht relevanten Grundsatz, daß Gruppenbegünstigungen mit staatlichen Mitteln nur soweit zulässig sind, als sozialstaatliche Schutzpflichten dies gebieten, als Rechtsprinzip jenseits politischer Zweckmäßigkeitserwägungen formulieren können. Daraus folgt etwa, daß die Finanzierung irrationaler Statussymbole, wie beispielsweise der durch staatliche Kredite ermöglichte Bau eines Passagierdampfers als "Flaggschiff" für die Handelsflotte, nicht als Gemeinziel anerkannt werden kann, zumindest nicht, solange allgemeinere Staatsaufgaben wie die Bildungsförderung wegen der natürlichen Knappheit der Haushaltsmittel zurückstehen müssen; daß die Finanzierung der Verluste von Privatunternehmen im Staatsbesitz (Büssing-Werke), soweit sie

nicht einer sozialstaatlich gebotenen allgemeinen oder regionalen Strukturpolitik dient, nicht durch Haushaltsmittel erfolgen darf; daß Erhaltungssubventionen (Bergbau) nicht über das Maß hinausgehen dürfen, das zum bilanzmäßigen Verlustausgleich erforderlich ist; daß an sich sozialstaatliche legitimierte Gruppenbegünstigungen trotz verwaltungstechnischen Typisierungszwanges nicht so angelegt sein dürfen, daß ins Gewicht fallende Untergruppen, die nicht schutzbedürftig sind, auf Kosten der Allgemeinheit Sonderprofite erlangen.

Jenseits dieser eindeutigen Fälle ist ein wertsetzendes Ermessen des Gesetzgebers im Rahmen des Gemeinwohlverständnisses anzuerkennen. Obwohl die Vielfalt staatlicher Aufgabenstellungen des alle sozialen Bereiche dirigierenden Staates es unmöglich gemacht hat, in der wiederkehrenden demokratischen Bestätigung durch Wahlen ein Sachplebiszit zu wägen, das mehr als nur leitlinienhafte Tendenzen birgt, wäre es als deutliche Überspannung in Richtung auf den Justizstaat anzusehen, eine umfassende Werttafel für die Rangfolge staatlicher Aufgabenerfüllung aufzustellen und sie als bindendes Rechtsprinzip auch gegenüber dem Gesetzgeber zu postulieren. Daß sich aus dem beschriebenen demokratischen Gemeinwohlgedanken eine zwar nur in Grenzen der judiziellen Kontrolle unterworfenen Verpflichtung für den Gesetzgeber und die Regierung ergibt, sollte jedoch nicht zweifelhaft sein.

Vom Boden eines demokratischen Gemeinwohlverständnisses läßt sich auch die traditionell zu stark betonte Frage der Sicherung der staatlichen Existenz, der staatlichen Organe und der Integrität ihres Verfahrens befriedigend beantworten. Nicht mehr das "Faktum staatlicher Existenz", wie immer dies auch rechtlich ge-

ordnet sein möge, ist das Maß allen Rechts 24), Gemeinschaftszweck ist nur jene existentielle Verteidigung, die der rechtlichen Ordnung oder, wie das Grundgesetz mehrfach formuliert, der freiheitlich-demokratischen Grundordnung Geltung und Fortdauer sichert. Ein mystisches Staatsverständnis, das um der räumlichen und zeitlichen Existenz der staatlichen Gemeinschaft willen jedes Mittel zu heiligen bereit ist, hat im Bilde der demokratischen Staatszwecke keinen Platz. Eine Außenpolitik, die etwa um den Preis der freiheitlichen demokratischen Ordnung einen "Anschluß" der Bundesrepublik an die DDR erstrebte, um die staatliche Einheit beider Teile Deutschlands wiederherzustellen, liefe dem demokratischen Gemeinwohlgrundsatz zuwider; eine Staatssicherheitspraxis, die zur Verheimlichung von Angriffskriegsvorbereitungen militärische Sicherheitserwägungen vorschöbe, diene keinem demokratischen Gemeinzweck im Sinne des Grundgesetzes und wäre daher von keinem legitimen öffentlichen Interesse getragen.

Die auf die Abwehr von Gefahren für die bestehende rechtliche Grundordnung beschränkte Existenzklausel schafft zugleich die Dimension, in der der Rechtswert der Bestandsicherung zu suchen ist. Im "Spiegel"-Verfahren hat das Bundesverfassungsgericht zutreffend hervorgehoben, daß nicht allein das Interesse der militärischen Führung an der Geheimhaltung gewisser Fakten maßgebend sei, daß vielmehr auch das legitime Interesse an der öffentlichen Diskussion und der dazu erforderlichen Information ein aus dem demokratischen Prinzip folgendes Anrecht der Öffentlichkeit sei und die Aufdeckung von Mängelndem

24) In diesem Sinne Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 7. Neudruck Darmstadt 1960, S.358 f.

Wohl des Gemeinwesens daher trotz momentaner militärischer Nachteile dienlicher sein könne als deren Geheimhaltung²⁵⁾. Damit wird auch das Staatssicherheitsinteresse als relativer Rechtswert ausgewiesen, der seine Determination nicht allein aus dem Zweckmäßigkeitsbefinden des Apparates, sondern aus der demokratischen Gemeinwohlbindung zu empfangen hat. Die auch heute noch in der Literatur und Rechtsprechung anzutreffende Auffassung, wonach die Existenzsicherung ein "absoluter" Gemeinzweck sei²⁶⁾, ist mit dieser Einschränkung verworfen. Daß die Rechtswertbestimmung zudem in tatsächlicher Hinsicht entsprechend der in der amerikanischen Rechtsprechung entwickelten "clear and present danger" Klausel einzuschränken ist, folgt aus dem auf die rechtliche Grundordnung beschränkten Gefahrentbegriff ebenfalls.

Was für den Bestand der rechtlichen Ordnung entwickelt wurde, gilt zugleich für die Integrität der staatlichen Organe und deren Verfahren. Sie haben ihre demokratische Legitimation allein in der konkreten Organisation der Rechtsgemeinschaft, deren Schutz und Entfaltung ihnen anvertraut ist. Aus diesem Gemeinzweck sind ihre Funktionen zu bestimmen: es sind Dienstfunktionen, die an den Kompetenzen zu messen sind, die ihnen zugeordnet sind. Ein apparatives Eigenleben können sie daher jenseits dieser Kompetenzen legitim nicht entfalten. Ein "Volkskanzler", der sich in scharfen Angriffen gegen oppositionelle Gegner ergeht, kann daher nicht den ihm als Regierungschef an sich zukommenden Schutz gegen gleich-

25) BVerfGE 20, 162 (181); ähnlich E 21, 239 (245).

26) Hans Ullrich Gallwas, Der Mißbrauch von Grundrechten, Berlin 1967, S. 90 f.; Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967, S. 230 ff. mit einem interessanten Beispiel aus der amerikanischen Rechtsprechung des Supreme Court; kritisch auch Günter Dürig, Maunz-Dürig, Grundgesetz, München 1966,

artige Angriffe gegen seine Person erwarten. In dem Umfang, in dem seine amtlichen Kompetenzen reichen, ist etwa der strafrechtliche Schutz des § 97 StGB als demokratischer Gemeinzwirk anzuerkennen, jenseits dessen fehlt eine Kompetenznorm, die seine Willensakte als organschaftliche qualifiziert, in diesem Bereich kann daher nur der allgemeine Ehrenschrift für Politiker gemäß § 137 a StGB als Gemeinzwirk anerkannt werden.

Zusammenfassend kann aus den vorstehenden Ausführungen der bereits in früherem Zusammenhang mehrfach skizzierte Schluß gezogen werden, daß jeder Gemeinzwirk, jedes vor dem demokratischen Gemeinwohlgedanken legitime öffentliche Interesse sich als Dienstwert darstellen muß, der durch die staatlichen Garantie- und Schutzpflichten gegenüber der Allgemeinheit der Staatsbürger seine inhaltliche Ausprägung erfährt. Negativ ausgedrückt heißt das: es gibt kein Gemeinschaftsinteresse, das ohne diese demokratische Legitimation als Dienstwert für die Gesamtheit anerkannt werden könnte. Fehlt eine zumindest reflexive Begünstigung der Allgemeinheit, so können Gruppenvorteile nur durch rechtsstaatlich-grundrechtliche Sonderrechte, ausdrücklich normierte organisationsrechtliche Privilegien (etwa Art. 46 ff. GG) oder sozialstaatliche Schutzpflichten als legitimes Gemeinschaftsinteresse gerechtfertigt werden. Wenn eine solche außerordentliche Legitimation nicht ermittelt werden kann, besteht eine Vermutung dafür, daß allein in der Nützlichkeit für den Herrschaftsapparat und die hinter ihm stehenden Gruppen das demokratisch nicht legitimierbare Handlungsmotiv liegt. Für eine solche Vermutung ist vor allem dort Raum, wo das handelnde Staatsorgan Ziel und Zweck seines Wollens nicht hinreichend deutlich gemacht hat oder wo dessen normative Umschrei-

RdZi. 70,86 zu Art. 2 GG, S. 57, 77. Aus der Rechtsprechung vor allem BVerwGE 3, 21 (24); 5, 153 (159); 6, 13 (17).

bung so unbestimmt geblieben ist, daß sich nicht erkennen läßt, in welcher Weise die geschaffene Kompetenz ausgeübt werden kann.

Die aus dem demokratischen Prinzip abzuleitende Gemeinwohlbindung geht daher über den Anwendungsbereich hinaus, den das Bundesverfassungsgericht der am Gemeinwohl orientierten Legitimitätsprüfung von Gemeinschaftsinteressen bislang eingeräumt hat. Die Gemeinwohlbindung erfaßt nicht nur den Eingriffsbereich, sondern alle Gegenstände staatlichen Handelns, das Leistungs-, das Organisations- und das Privatrecht 27).

27) Daraus folgt etwa, daß bedrohliche Machtkonzentrationen im Pressewesen nicht nur verhindert werden können, sondern um der Ausgewogenheit des demokratischen Meinungsbildungsprozesses beseitigt werden müssen. Abgeordnete, die sich zu Anwälten einer weiteren Machtentfaltung gemacht haben und eine Auflösung des staatlichen Rundfunk- und Fernsehmonopols zugunsten finanzmächtiger Pressekonzerne - nur sie kommen als Träger privater Sendeanstalten angesichts des erforderlichen Investitionsaufwandes in Betracht - fordern, mißachten ihre Verpflichtung auf das demokratische Gemeinwohlprinzip. Politische Zweckmäßigkeitserwägungen haben hier keinen Spielraum mehr. - Ähnliches gilt der ausgefertigten Praxis allgemeiner Geschäftsbedingungen und deren zu weitgehender Anerkennung durch die Rechtsprechung (dazu die temperamentvollen, aber längst überfälligen Bemerkungen von Rupert Schreiber, Die rechtliche Beurteilung allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1967, S. 1441 ff.)

b) Schutz der menschlichen Würde und Persönlichkeit.

Dienten die zum materialdemokratischen Gemeinwohlverständnis gegebenen Ausführungen vornehmlich der Rechtswertbestimmung im Bereich rein kollektiver und teils auch integrierter Gemeinschaftsinteressen, so erhält im Bereich der Individualinteressen und summierten Gemeinschaftsinteressen die staatliche Schutzpflicht gegenüber der menschlichen Würde und Persönlichkeit besondere Bedeutung. Ihre rechtliche Bewertung in Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG und die sozialstaatlich zu begründende Dringlichkeit konkreter organschaftlicher Schutzmaßnahmen gehören zu den wichtigsten Elementen, aus denen auf den Gemeinschaftswert kollektiv wahrgenommener Interessen geschlossen werden kann. In diesem Zusammenhang sind zwei Fragen von vor- dringlichem Interesse, nämlich die in Art. 1 Abs. 1 GG zu findende ausdrückliche Normierung einer staatlichen Schutzpflicht, die im Bereich der Grundrechte nur in Art. 6 Abs. 1, 4 und 5 GG eine Parallele hat, und die Bedeutung, die der Garantie der menschlichen Würde als höchstem Rechtswert für eine relative Wertbestimmung der anderen Grundrechte zukommt.

Die Zurückführung der Gemein Zwecke auf die begünstigten Interessen der Staatsbürger hat zur Folge, daß die Rechtswerte, die den begünstigten Interessen normativ zugeordnet sind, als Determinanten für die Bestimmung des Gemeinschaftswertes erscheinen. Damit treten die inkorporierten Individualrechtswerte mittelbar den betroffenen Grundrechtsstatus gegenüber - ohne allerdings insoweit einem Vorbehalt der "Rechte anderer", wie ihn Art. 2 Abs. 1 GG hat, gleichgesetzt werden können²⁸⁾.

28) Ganz allgemein werden Gemeinschaftsinteressen als "Rechte anderer" qualifiziert von Ulrich

Mit dem Rechtsakt, der begünstigten Interessen oder Rechten Dritter einen über subjektive Rechtsmacht hinausgehenden Gemeinschaftsschutz verleiht, werden die im Kollektivinteresse summierten Individualinteressen über den Wert, den sie als Summe von Individualinteressen hätten, herausgehoben, weil ein gesteigertes Schutzinteresse der Gemeinschaft besteht²⁹⁾. Zwar folgt dieses Schutzinteresse auch aus der rechtsstaatlich orientierten Garantenpflicht gegenüber dem begünstigten Rechtsgut, es erhält jedoch seine Begründung zugleich aus der sozialstaatlichen Schutzpflicht des Gemeinwesens. Nur wo diese Komponente nicht nachweisbar ist und daher ein gesteigertes Schutzinteresse nicht anerkannt werden kann, fällt das summierte Gemeinschaftsinteresse auf den Rechtswert zurück, der der Summe der Individualrechtsstatus zukommt - nur hier ist daher eine dem Vorbehalt der "Rechte anderer" vergleichbare Rechtsfigur vorhanden und eine unmittelbare Abwägung der Rechtsgüterwerte im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu erwägen³⁰⁾. Diese Abwägung muß sich allerdings auf die grundrechtlich garantierten Status beschränken, da allein Art. 2 Abs. 1 GG einen weiteren Vorbehalt hat; im Wege der systematischen Verfassungsauslegung dürfen nur die hierarchisch gleichgeordneten Rechtswerte gegeneinander abgewogen wer-

Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStL 11 (1934), S. 61; VGH Freiburg, DVBl. 1951, 635 (636); OLG Hamm BB 1953, 1013; OVG Münster DVBl. 1953, 761 (763); weitere Nachweise bei Hans C. Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Die Grundrechte IV/2, Berlin 1962, S. 784 N. 209, 210.

29) Mit Rücksicht auf die Schrankensystematik des Art. 2 Abs. 1 GG ablehnend Hans C. Nipperdey, Die Grundrechte IV/2, S. 785 f.; Günter Dürig, Maunz-Dürig, Grundgesetz, München, Stand 1966, RdZi. 14, 15 zu Art. 2 I GG.

30) Daß diese Abwägung sich nicht an absolut gesetzten Rechtsgüterwerten orientieren darf, sondern die konkreten Garantie- und Schutzpflichten abwägen muß, die den Rechtswert eines Gutes ausmachen, sei abermals betont.

den, einfache Gesetze dagegen nicht, denn der Vorrang der Verfassungsnormen, insbesondere der Grundrechte, vermeidet echte Kollisionen. Schwierigkeiten bereiten dagegen jene Fälle, in denen grundrechtsgeprägte Interessen aufeinanderstossen. Hier ist eine Harmonisierung verschiedener - finaler oder modaler - Rechtswerte nur möglich, wenn innerhalb der grundrechtlichen Individualrechtswerte eine systematische Beziehung hergestellt werden kann, aus der ein Vorrang abstrakt und im Einzelfall abgelesen werden kann. Weicht man, um Wertbeziehungen aufzufinden, nicht auf außerrechtliche, sozialetische oder theonome Wertkategorien aus, wie dies mehrfach ohne überzeugendes Ergebnis versucht worden ist ³¹⁾, so lassen sich nur wenige Aussagen geben. Sie aber vermögen jene äußeren Grenzen zu umreißen, die dem bei nachzeichnenden Regelungen engen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum gezogen sind.

Ausgangspunkt dafür sei die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, aus der eine zweifache Polarisierung der Grundrechtsnormen isoliert werden kann. Mit der Qualifizierung der allgemeinen Entfaltungsfreiheit als generelles "Auffanggrundrecht" ist ein Ordnungssystem innerhalb der Grundrechte geschaffen,³²⁾ das nach dem Rechtsgrundsatz der Spezialität und Generalität viele Einzel-

31) Reinhold Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München 1962, S. 91 ff; Karl Brinkmann, Freiheit und Verfassung, Bonn 1963, passim; Walter Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957, S. 24, 31, 38; auch manche Ergebnisse Günter Dürigs, Maunz-Dürig, etw a RdZl. 24, 39, 54 zu Art. 1 I GG, scheinen stärker aus der Katholischen Soziallehre, denn aus dem Grundgesetz gewonnen zu sein.

32) Daß ein solches System nicht alle Grundrechte umfaßt, steht ausser Zweifel: die Antinomien von Art. 2 I zu Art. 3 und 6 I sind unleugbar.

grundrechte umfaßt 33). In dieses Ordnungssystem wird die Garantie für die menschliche Würde als höchster, als oberster Rechtswert eingefügt 34), wodurch nicht nur eine Auslegungsrichtlinie für die anderen Grundrechte statuiert, sondern auch eine Wertrelation dieser Garantie zu den Einzelgrundrechten geschaffen wird. Als Auslegungsgrundsatz bestimmt die Garantie für die Menschenwürde das Verhältnis der Grundrechte untereinander; je stärker sich unter der Garantie grundrechtlicher Freiheiten eigenverantwortliche und persönlichkeitsformende Willensakte entfalten können, desto enger ist die Beziehung zur Menschenwürdeverbürgung und desto höher ist der Rechtswert des jeweiligen Freiheitsstatus und die zu seinem Schutz ergriffenen staatlichen Maßregeln.

Der Vielzahl der aus dieser Wertsystematik eingestandener- oder uneingestandenermaßen 35) ge-

33) BVerfGE 6, 32 (37); 13, 290 (296). Ferner BVerfGE 4, 52 (57); 9, 73 (77); 9, 83 (88); 9, 338 (343); 10, 55 (58); 11, 234 (238). Die Bezeichnung "Auffanggrundrecht" geht auf Günter Dürig, Der Grundsatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956) S. 121 N. 9 zurück; zustimmend Josef Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, Köln 1957, S. 31; Hans C. Nipperdey, Die Grundrechte IV/2 S. 758 ff mit weiteren Nachweisen.

34) Insbesondere BVerfGE 7, 198 (205); 21, 362 (372); ferner BVerfGE 5, 85 (204 f); 6, 38 (40 f); 10, 59 (81). Reinhold Zippelius, Bonner Kommentar, 2. Aufl. Stand 1966 RdZi. 26 f zu Art. 1 GG m.w.N.

35) Die etwa von Reinhold Zippelius, Bonner Kommentar, 2. Aufl. RdZi. 14 ff zu Art. 1 GG genannten Beispiele zeigen deutlich die Verklammerung, die zwischen Art. 1 und anderen Grundrechten vorgenommen wird. Auffällig sind insbesondere die Verbindungslinien zu Art. 2 Abs. 1, 4 Abs. 1, 103 und zur Sozialstaatsklausel, wobei die Garantie der Menschenwürde teils ergänzend, teils auch anstelle der Einzelfreiheiten herangezogen wird. Bei Art. 2 Abs. 1 GG ist das weite Schrankenverständnis der "verfassungsmäßigen Ordnung" ursächlich für die Verlagerung nach Art. 1 Abs. 1 GG.

zogenen Folgerungen braucht hier nicht nachgegangen zu werden, da sie sich fast ausschließlich mit dem negativen Status befassen ³⁶⁾. Im Rahmen der auf modale Individualinteressen zurückgehenden Bestimmung des Gemeinschaftswertes sind aber nicht sie, sondern die im Rahmen eines Gemeinzwweckes erfüllten staatlichen Schutzpflichten von Interesse. In diesem Zusammenhang sind nur zwei Aussagen von größerer Bedeutung: der aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Vorrang des Persönlichkeitsgüterschutzes vor dem Sachgüterschutz ³⁷⁾ und die aus der staatlichen Schutzpflicht für die menschliche Würde gefolgerten positiven Handlungspflichten.

Die aus der Garantie der Menschenwürde folgende höhere Schutzpflicht gegenüber Persönlichkeitsgütern ist für die Bestimmung des Gemeinschaftswertes konkreter Rechtsakte insofern bedeutsam, als sich daraus innerhalb der im Gemeinwohl institutionalisierten Gemeinschaftswerte abgestufte Wertigkeiten ermitteln lassen, die die Frage nach dem rechtlichen Gewicht konkreter Gemeinschaftsinteressen zu beantworten erlauben. Zwar kann auch hier die durch eine abstrakte Rechtswertbetrachtung gewonnene Wertigkeit - an die in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung üblichen Ausdrücke des "wichtigen", "besonders wichtigen" und "überragend wichtigen" Gemeinschaftsinteresses sei erinnert - nicht das alleinige Bestimmungskriterium bleiben, da sie keine Maßstäbe für die Beurteilung der situationsgebundenen Gefährdung zu

36) Josef Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, S. 13 ff; Wilhelm Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde, Köln 1958, S. 105 ff; Günter Dürig, Maunz-Dürig, Grundgesetz, RdZi. 17 ff zu Art. 1 GG.

37) Zuerst hat diese These Hans C. Nipperdey, Die Würde des Menschen, Die Grundrechte II, Berlin 1954, S. 23, vertreten. Ihm folgen Josef Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, S. 13, und Günter Dürig, Maunz-Dürig, Grundgesetz, RdZi. 33 zu Art. 1 GG.

zu liefern vermag. Andererseits ist die bis zur Normativierung des Faktischen reichende Überbewertung der tatsächlichen Gefahrenlage als alleiniges Kriterium für die rechtliche Bewertung eines organschaftlich wahrgenommenen Interesses ebenso untauglich. Erst die Verbindung beider Komponenten gestattet ein Urteil, das dezisionäre Wertsetzungen zurückdrängt und dem Gemeinwohlverständnis verfassungsrechtliche Determinanten gibt.

Zur Verdeutlichung dessen sei an die überhöhten Strafsanktionen der meisten Eigentumsdelikte erinnert. Sie sind nicht allein aus der Trägheit oder Ignoranz des Gesetzgebers zu erklären, dem das in ihnen nachwirkende einseitige besitzbürgerliche Denken nicht bewußt geworden ist: Motivierend wirkt die unbestreitbar hohe Gefährdung, der vor allem das bewegliche Vermögen ausgesetzt ist. Würde diese Gefahrenlage als alleiniges Kriterium für den Gemeinschaftswert der Strafsanktion verwandt, so ließe sich das Ungleichgewicht vielleicht rechtfertigen, das etwa gegenüber den Strafsanktionen bei Verletzung der persönlichen Ehre und körperlichen Unversehrtheit besteht. Sucht man die Wertungskriterien dagegen zunächst bei den grundrechtlichen Schutzgütern, so verliert die Argumentation aus der Gefahrensituation ihre Überzeugungskraft. Die Eigentumsrechte, die die Strafsanktionen schützen sollen, stehen in lockerer Beziehung zur Garantie der menschlichen Würde als die Freiheit des Rechtsbrechers. - Ähnliche Erwägungen gelten für die Schmerzensgeldproblematik bei Persönlichkeitsverletzungen, die bislang keine gesetzliche Lösung gefunden hat, die sie auch nur in etwa dem Sachgüter-schutz durch die §§ 823, 985 ff BGB gleichstellte. Auch der starke strafrechtliche Schutz der staatlichen Organe läßt sich auf diese Weise nicht rechtfertigen, wobei dahingestellt bleiben mag, ob in diesem Zusammenhang überhaupt von einer verstärkten Gefährdung ausgegangen werden kann. Hier wie bei der Bewertung sonstiger Gemeinschafts-

interessen muß die abstrakte Rechtswertbetrachtung hinzutreten, denn nur die Koppelung beider Komponenten erlaubt tragfähige Aussagen. Im Bereich der auf individuelle Schutzgüter zurückführbaren Gemeinschaftsinteressen erscheint der Vorrang der Persönlichkeitsgüter, der sich aus Art. 1 Abs. 1 GG ableiten läßt, als taugliches Kriterium.

Von daher ist es in keiner Weise zu beanstanden, wenn die menschliche Gesundheit³⁸⁾, der Schutz der Intimsphäre³⁹⁾, die Verhinderung von Arbeitslosigkeit⁴⁰⁾ und die Entfaltung der unternehmerischen Freiheit⁴¹⁾ vom Bundesverfassungsgericht als wichtige Gemeinschaftswerte gekennzeichnet worden sind. Umgekehrt muß es unverständlich bleiben, wenn - unter ausdrücklicher Ausklammerung der Intention einer Gefahrenabwehr⁴²⁾ - der Statussymbolik des Meisters in seiner Werkstatt und dem Ansehen eines Berufsstandes der Rang eines wichtigen Gemeinschaftsgutes zuerkannt worden ist⁴³⁾, obwohl dafür allein standes- und gesellschaftspolitische Zweckmäßigkeitserwägungen, nicht aber der Schutz grundrechtlicher Persönlichkeitswerte maßgebend gewesen sind.

Die aus der Schutzpflicht des Staates gegenüber der Menschenwürde hervorgehenden positiven Handlungspflichten sind inhaltlich darauf gerichtet, einen persönlichen Entfaltungsraum für ein menschenwürdiges Dasein zu schaffen;

38) BVerfGE 17, 269 (276); 20, 352 (362); zur "Volksge-sundheit" weitere Entscheidungen im 5. Abschnitt S. 106 f, N. 46.

39) BVerfGE 18, 146 (147).

40) BVerfGE 21, 245 (251).

41) BVerfGE 14, 263 (282); ob die nachfolgende Abwägung gegen das Kapitalanlageinteresse der Minderheitsaktionäre zutreffend gelöst ist, mag hier auf sich beruhen.

42) BVerfGE 13, 97 (110).

43) BVerfGE 13, 97 (112).

das zu dessen Sicherung einsetzbare rechtliche Instrumentarium umfaßt die Verleihung subjektiver Rechte zur Abwehr von staatlichen Eingriffen und von Angriffen Dritter, ferner die unmittelbare organschaftliche Wahrnehmung dieses Schutzes und schließlich auch die in den Bereich der Daseinsvorsorge fallende Schaffung jener realen und ideellen Voraussetzungen, deren der in die Sozialität geborene Mensch nicht entraten kann.

Werden Gemeinschaftsinteressen durch die Absicht bestimmt, der menschlichen Würde einen eigenverantwortlichen Entfaltungsraum zu geben und zu sichern, so dienen sie dem verfassungsrechtlich als höchstem Wert normierten Rechtsgut und gewinnen dadurch - unabhängig von der potentiellen Gefährdungssituation - den Rang eines wichtigen Gemeinschaftsinteresses. Weniger eindeutig ist die rechtliche Bewertung jener Gemeinschaftsinteressen, die als Mittel der Daseinsvorsorge die existentiellen Voraussetzungen schaffen, ohne die ein menschenwürdiges Dasein nicht gelebt werden kann. Wenn auch kaum zweifelhaft sein kann, daß die absoluten Mindestvoraussetzungen eines räumlichen Lebensbereiches, der geistigen und seelischen Entwicklung sowie der geistigen und wirtschaftlichen Kommunikation beim gegenwärtigen Stande der gesellschaftlichen Entwicklung weithin nur durch das staatliche Gemeinwesen geschaffen werden können, muß es jenseits dieser Mindestvoraussetzungen fragwürdig erscheinen, positive Sozialgestaltungspflichten in der Schutzpflicht für die Menschenwürde zu verankern. Die gefährliche Nähe zu einem wohlfahrtsstaatlichen Etatismus würde offenbar, wenn durch die staatliche Daseinsvorsorge mehr als die unabdingbaren Voraussetzungen für ein individuelles Glücksstreben geschaffen und der einzelne "zu seinem Glück gezwungen" werden dürfte⁴⁴⁾.

44) Zutreffend verwirft BVerfGE 19, 330 (340) ein Gemeinschaftsinteresse daran, den Einzelnen vor den Folgen eigener wirtschaftlicher Unvernunft zu schützen. Ein gleich fragwürdiges Beispiel bietet

Wenn es im KPD-Urteil als unzureichende Erfüllung des Verfassungsauftrages aus Art. 1 und 2 GG angesehen wurde, daß "eine Obrigkeit sich bemüht, noch so gut für das Wohl von 'Untertanen' zu sorgen"⁴⁵⁾, dann ist damit die Grenze angezeigt, jenseits deren der Mensch zum anonymen Plandatum, zur Ziffer eines wohlmeinenden Lenkungsbestrebens wird. Auf die grundrechtliche Schutzgarantie für die Menschenwürde kann sich ein dirigistisches Zweckmäßigkeitsempfinden im staatlichen Planungsbereich nicht mehr berufen, sobald der Kreis jener absoluten Mindestvoraussetzungen überschritten ist; die verfassungsrechtliche Legitimation für weitergehende Sozialgestaltung und -vorsorge muß im Sozialstaatsgebot oder in den Schutzpflichten für Einzelgrundrechte gesucht werden. Leistungen der organisierten Gemeinschaft, die die Mindestvoraussetzungen gewährleisten und schaffen, müssen als wichtige Gemeinschaftswerte gekennzeichnet werden, weil sie den realen und ideellen Lebensraum für eine eigenverantwortliche, menschenwürdige Existenz schaffen. Zu diesen Mindestvoraussetzungen gehört etwa die Wohnungsfürsorge in Zeiten starker Wohnungsnot, die Bereitstellung ausreichender Bildungseinrichtungen, die Garantie eines Existenzminimums für unverschuldet in Not geratene Menschen und die noch immer unbefriedigende Humanisierung des Strafvollzugs.

Die Schutzpflichten des Staates für eine eigenverantwortliche Entfaltung des Menschen in Würde, die zur Konkretisierung von Gemeinwohlblanketten vorrangig heranzuziehen sind, geben den Gemeinschaftsklauseln die Funktion eines Dienstwertes für das Individuum. Der Herrenchiemseer Entwurf hatte diesen Gedanken in zwar wenig klangvollen, aber deutlichen Worten ausdrücklich ausgesprochen: Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.

die Praxis mehrerer Universitäten, für "freiwilligen Studentensport" Zwangsbeiträge zu erheben.

45) BVerfGE 5, 85 (205).

Zu den wichtigen Gemeinschaftswerten können wegen dieses instrumentalten Gemeinwohlverständnisses außer den verfassungsrechtlich positivierten Gemeinschaftswerten daher nur jene Interessen gerechnet werden, die sich als organisch bewirkte Begünstigung und Förderung finaler Staatsbürgerinteressen mit grundrechtsgeprägtem Rechtswert darstellen. Gründet sich die rechtliche Bewertung eines Gemeinschaftsinteresses ausschließlich auf Zweckmäßigkeitserwägungen, findet es seine Determination ausschließlich in apparativem Wohlmeinen oder dient es grundrechtsneutralen Individualinteressen, dann kann ihm der Gesetzgeber den Rechtswert eines schlichten Gemeinschaftsinteresses beimessen, auf die Ebene verfassungsgeprägter und darum wichtiger Gemeinschaftswerte kann es nicht gehoben werden.

Mehr als diese hierarchische Kategorisierung der Gemeinschaftswerte kann die abstrakte Rechtswertbetrachtung nicht leisten. Das sollte jedoch nicht dazu verführen, ihre Bedeutung für die verfassungsmäßige Hermeneutik gering zu schätzen. Sie vermeidet nicht nur das bei der Exegese der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung festgestellte Schwanken in der Bewertung von Gemeinschaftsinteressen, sondern zeigt vor allem an, wie der konkrete Gemeinzweck sich zu betroffenen Grundrechtsstatus verhält. Verwirklicht das Gesetz einen Gemeinschaftswert, dem keine verfassungsgesetzliche Positivierung zuteil geworden ist, so müssen die formellen verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalte einschränkungslos beachtet werden; gehört das Interesse dagegen zu den grundrechtsgeprägten wichtigen Gemeinschaftswerten, so kann im Wege der systematischen Verfassungsauslegung auch dort eine nachzeichnende gesetzliche Regelungskompetenz anerkannt werden, wo dies ausdrücklich nicht oder nicht in diesem Ausmaß vorgesehen ist.

Ein aufschlußreiches Beispiel für eine dahingehende Gemeinwohlbindung bietet der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Tötung tollwutverdächtiger Hunde⁴⁶⁾. Die Pflicht zur Tötung verdächtiger Tiere soll den Gefahren begegnen, denen die menschliche Gesundheit sonst ausgesetzt wäre. Deren Schutz ist dem Staat durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG aufgegeben; die Dringlichkeit der Gefahrenabwehr verstärkt die dadurch begründete Schutzpflicht. Die angeordnete Tötung dient daher einem wichtigen Gemeinschaftsgut. Da kein gesetzgeberisches Ermessen, sondern eine grundrechtlich begründete Handlungspflicht besteht, kommt der Schutzmaßnahme derselbe Rechtswert zu, der dem Schutzgut zuerkannt ist. Im Wege der systematischen Grundrechtsbegrenzung hat das Sachrechtsgut Eigentum hinter dem Personenwert der Gesundheit zurückzutreten, so daß die gesetzliche Regelung die verfassungsimmanente Gewährleistungsgrenze des Eigentumgrundrechts nachzeichnet. Sie stellt eine Konkretisierung der in Art. 14 Abs. 2 GG statuierten Sozialpflichtigkeit dar⁴⁷⁾. - Ähnliche Erwägungen vermögen das Lüth-Urteil⁴⁸⁾ zu tragen, ohne daß sich die Notwendigkeit stellte, die Meinungsfreiheit und die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit in objektivrechtliche, direkt privatrechtsprägende Rechtssätze umzuformen.

46) BVerfGE 20, 351 (361 f).

47) Ob der Tatbestand der Enteignung dadurch ausgeschlossen wird, daß das Objekt die Ursache seiner Vernichtung in sich trug (so BVerfGE 20, 361; vgl. auch Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 5. Aufl. § 61 II b 1, S. 357, der den "Opfer"begriff im gleichen Sinne definiert), oder dadurch, daß dem Gesetzgeber wegen der Schutzpflichten für die Gesundheit keine andere Kollisionsregelung offenstand, mag dahinstehen. Aus der Antithese der Gemeinwohlbegriffe in Art. 14 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 läßt sich die Lösung jedoch nicht finden, denn ihre Konkretisierung folgt denselben Überlegungen. Das überzeugendste Argument wird darin zu suchen sein, daß dem Eigentumsgrundrechte bei der verfassungssystematischen Einschränkung durch andere Grundrechte keine Sonderstellung zukommt. Die wechselseitige Begrenzung der Gewährleistung wird nicht durch die Entschädigungsregelung nicht beseitigt: sie tritt nur ein, soweit das Eigentumsgrundrecht reicht.

48) BVerfGE 7, 198 ff.

c) Sozialstaatlichkeit und Allgemeines Wohl

Das Sozialstaatsprinzip enthält die Ermächtigung und den Auftrag, soziale Gerechtigkeitsverhältnisse zu schaffen. Neben dies ist auch der dem Gemeinwohl in der neueren Diskussion durchgängig beigelegte Gedanke. Aus dieser weitreichenden Quantität entstehen die typischen Gefahren, denen die inhaltliche Bestimmung beider Generalklauseln notwendig ausgesetzt ist: daß ihnen nämlich staatsphilosophische und sozialpolitische Forderungen als rechtliche Regelungsinhalte unterschoben werden, die sich als exekutive Konkretisierungen nicht legitimieren lassen, aber dennoch unter dem Deckmantel der Rechtsbegriffe des Sozialstaats und des Gemeinwohls eine scheinbare juristische Weihe und damit Teilhabe an dem staatlichen Sanktionsinstrumentarium empfangen sollen⁴⁹⁾. Dieses Dilemma hat die Interpretation des Sozialstaatsgebots dadurch zu bewältigen versucht, daß sie den positivrechtlichen Gehalt des Sozialstaatsprinzips auf einen verpflichtenden Leitgrundsatz beschränkt und eine substantielle Pflichtbindung nur im Sinne einer Garantie des Existenzminimums für alle Staatsbürger anerkennt. Verankert man die Garantienpflicht des Gemeinwesens für ein menschenwürdiges existenzielles Minimum in die durch Art.1 Abs.1 S.2 GG statuierte Schutzpflicht für die menschliche Würde⁵⁰⁾ - in dieser Sicht kann die Beistandspflicht der Gemeinschaft aus der sozialfürsorglichen Verengung befreit werden, die vor allem die finanzielle Unterstützung in Notfällen im Blick hat -, so verbliebe der juristischen Exegese in der Tat nicht viel mehr als die resignierende Feststellung,

49) Etwa Wolfgang Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im GG der BRD, Bergstraesser-Festschrift, Düsseldorf 1954, S.299.

50) Wie hier gegen BVerfGE 1, 97 (104) etwa Ernst Benda, Industrieller Staat und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 72 mit weiteren Nachweisen in N.114. Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStL 12 (1954), S.37 (42).

daß "das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaats nur der Gesetzgeber" im Rahmen des ihm dazu gegebenen weiten Sozialgestaltungsspielraums tun könne⁵¹⁾. Soweit damit die Justiziabilität in kassatorischer Hinsicht angesprochen ist, können schwerlich prinzipiell gegenteilige Ansichten auf Billigung hoffen. Andererseits enthebt die beschränkte Nachprüfbarkeit nicht der Pflicht, die Grenzen zu bestimmen, die sich verfassungsrechtlich auch aus der Allgemeinheit der Sozialstaatsklauseln gewinnen lassen.

Unterbliebe dieser Versuch, würde die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Sozialstaatlichkeit und auch die an ihr orientierte Verfassungsrechtskontrolle in die Zuschauerloge gedrängt - eine Konsequenz, die sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits deutlich abzeichnet⁵²⁾. Ein mit dieser Zurückhaltung nur schwer vereinbares Phänomen ist die vom gleichen Gericht für sich in Anspruch genommene Legitimitätskontrolle gegenüber organschaftlich verfolgten Gemeinschaftsinteressen jeglicher Art. Hier werden aus den verfassungsrechtlich unpositivierten Rechtsgrundsätzen der Gemeinwohlbindung, der Dringlichkeit konkreter Schutzmaßregeln und der Güterabwägung nach Erforderlichkeit und Übermaß juristische Maßstäbe geschöpft, die zumindest keine stärkere rechtliche Substanz haben oder gar - wie die Güterabwägung - nur das rechtliche Schlußverfahren, nicht aber die antagonistischen Güterwerte auszudrücken vermögen. Da indessen nicht nur die Gemeinwohlbindung verfassungsrechtlicher wie einfachgesetzlicher Kompetenzen, sondern auch die Dringlichkeit konkreter Schutzmaßregeln für bestimmte Rechtsgüter und ebenso die Übermaßfrage nicht ohne Bezug zum Sozialstaatsgebot gesehen werden können, ja aus dem Grundsatz der Sozialstaatlichkeit zu einem wesentlichen Teil erst Substanz gewinnen, fällt es schwer, die

51) BVerfGE 1, 97 (105); 8, 275 (329).

52) Auf die eingehende Analyse Werner Webers, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat IV (1965) S.420 ff, sei verwiesen.

grundsätzliche Abneigung gegen eine judizielle Sozialstaatsanalyse mit der meist in die Einzelheiten der gesetzlichen Zwecke und gesetzgeberischen Absichten eindringenden Legitimitätskontrolle auf einen Nenner zu bringen.

Sucht man die Ursachen dieses Zwiespalts im Verständnis der verfassungsrichterlichen Prüfungskompetenzen nicht allein im Psychologischen - die Rechtsfiguren der Dringlichkeit, der Erforderlichkeit und des Übermaßverbots sind vom Polizeirecht her traditioneller Bestand des richterlichen Prüfungsinstrumentariums -, so kann die verfassungsrechtliche Blickverengung nur durch die Furcht erklärt werden, mit einer Argumentation aus dem Sozialstaatsgebot auf den umstrittenen Boden sozialpolitischer Weltanschauungen zu geraten. Daß diese Gefahr bei nahezu jeder exegetischen Verfassungsdeutung besteht, bedarf kaum des Hinweises; daß diese Gefahr teilweise vermieden werden kann, wenn zwischen sozialstaatlich begründeten Pflichtaufgaben gegenüber konkretisierbaren Schutzgütern und bloßen schlichten sozialgestaltenden Ermessens- und Zweckmäßigskeitsakten unterschieden wird, folgt aus der damit verbundenen Qualifizierung als wichtiges oder schlichtes Gemeinschaftsinteresse: dieses muß im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorbehalte insbesondere der Grundrechte und der daraus erwachsenden zusätzlichen Ermessensschränken wahrgenommen werden, jenes kann dagegen im Wege der nachzeichnenden Regelung verfassungsimmanenter systematischer Gewährleistungsbegrenzungen verwirklicht werden.⁵³⁾ Nur im letzteren Zusammenhang ist die richterliche Rechtskontrolle vor die Notwendigkeit gestellt, dem Sozialstaatsgrundsatz aktuellen Inhalt durch interpretative Konkretisierung zu geben. Dabei treten keine schwierigeren Probleme auf als bei einer Ausklammerung der Sozialstaatsanalyse und deren Ersetzung durch die verfassungsrechtlich unpositivierten Rechtsgrundsätze des Gemeinwohls und der Verhältnismäs-

53) Siehe dazu oben S. 151 f.

sigkeit. Im übrigen können die fehlenden Wertungskriterien, von denen jede Güterabwägung ausgehen muß, nicht verdeckt werden, denn die Abwägung umschreibt nur den gedanklichen Prozess, kann jedoch, da die Gemeinschaftsgüter verschiedene Wertigkeiten haben, nicht davon entbinden, zur Substantiierung des jeweiligen Gemeinschaftsinteresses auf die verfassungsrechtlichen und konformen einfachgesetzlichen Rechtswertnormierungen zurückzugehen.

Soll das Sozialstaatsprinzip als Bewertungsmaßstab in diesem Zusammenhang verwertbar werden, bedarf es allerdings der näheren Aufbereitung. Der Gestaltungsauftrag aus der Sozialstaatlichkeit schafft einen derart weiten Ermessensspielraum für den Gesetzgeber, daß die Mehrzahl der Gesetzesakte öffentlichen wie privaten Rechts für sich in Anspruch nehmen kann, die im Sozialstaatsprinzip verankerten Forderungen der sozialen Gerechtigkeit zu verwirklichen. Da eine sozialstaatliche Etikettierung heute zudem nur wenigen gesetzgeberischen Absichten vorenthalten zu werden pflegt, folgt aus der Inanspruchnahme der sozialstaatlichen Ermächtigung für die Bewertung konkreter Gemein Zwecke fast ausnahmslos, daß der dem dienende Rechtsakt ein "legitimes" Gemeinschaftsinteresse darstellt. Diese Konsequenz läßt sich jedenfalls dann nicht vermeiden, wenn der Inhalt sozialer Staatlichkeit nicht auf die bloße Fürsorgefunktion für unvorhersehbare und unverschuldete Notlagen beschränkt, sondern in dem weiten Sinne verstanden wird, dem Art. 1 Abs. 2 der Baden-Württembergischen Verfassung von 1953 Ausdruck gegeben hat. Wenn dort dem Staat die Aufgabe zugewiesen wird, dem Menschen zu dienen und ihm Schutz und Förderung zu gewähren und durch Gesetz und Gebot einen Ausgleich der wechselseitigen Rechte und Pflichten zu bewirken, so ist damit genauer ausgedrückt, was die knappe Formel des Grundgesetzes vom sozialen Rechtsstaat inhaltlich auch meint. Stellt aber jeder Rechte und Pflichten auswägende Rechtsakt intentional soziale Gerechtigkeit, Sozialstaatlichkeit her, dann muß sich die Legitimitätskontrolle auf zwei Fragen beschränken: zu prüfen ist einerseits, ob der Prätext,

sozialstaatlich legitime Kollektivinteressen oder Individualinteressen zu erfüllen und bei der abwägenden Bewertung den Forderungen der sozialen Gerechtigkeit genügt zu haben, tatsächlich zutrifft; zum andern ist zu prüfen, ob besondere Gründe zu ermitteln sind, die die soziale Gestaltungsermächtigung zu einer konkreten gemeinschaftsrechtlichen Schutzpflicht verdichten. Nur wenn eine solche verfassungsrechtliche Schutzpflicht besteht, wenn also der Gesetzgeber eine aus dem Sozialstaatsgebot folgende Pflichtaufgabe erfüllt hat, erhält das wahrgenommene Interesse den Rang eines "wichtigen" Gemeinschaftsrechtsgutes⁵⁴⁾ und kann unmittelbar im Wege der Güterabwägung gegenüber den Grundrechten zur Geltung gebracht werden. Bleibt es hingegen unter verfassungsrechtlichem Rang, müssen die Vorbehalte der eingriffsweise berührten Grundrechte strikt beachtet werden⁵⁵⁾. In diesem Fall ist die Verfassungsrechtskontrolle darauf beschränkt, mißbräuchliche, sachwidrige oder willkürliche Übergriffe des Gesetzgebers abzufangen, während der Bereich des Gestaltungsermessens keiner richterlichen Prüfung unterliegt. Beispiele dieser Art bieten - das Sozialstaatsgebot kommt als einziger Bewertungsmaßstab in Frage, obwohl keine Entscheidung es ausdrücklich benennt - das Einzelhandelsurteil, das den Schutz vor eigener Unvernunft als Privatsache kennzeichnet⁵⁶⁾, das Apothekenurteil, das im Schutz vor Konkurrenten kein Gemeinschaftsinteresse sieht⁵⁷⁾, das Volkswagen-Privatisierungsurteil, bei dem der Kläger die stärkere Begünstigung Werksangehöriger gerügt hatte⁵⁸⁾, und das Urteil zum Grundstücksverkehrsgesetz, in dem ein sozialstaatliches Interesse an einer gesunden Bodenordnung bejaht, die Annahme je-

54) BVerfGE 13, 97 (107) definiert anders; s.o. S. 114 f.

55) Weitergehend v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, 2. Aufl. Vorbem. B XV 2 b a.E., 3 a und Art. 2 GG Anm. IV vor 1, der vorbehaltsschränkende Gesetze als systematische Vorbehaltsschränken bei anderen Grundrechten gelten lassen will.

56) BVerfGE 19, 330 (340).

57) BVerfGE 7, 377 (408); ebenso E 19, 330 (342).

58) BVerfGE 12, 354 (368 f).

doch mißbilligt worden ist, daß damit ein Erwerb aus Kapitalanlageinteressen nicht vereinbar sei⁵⁹⁾.

Wesentlich grösseres Gewicht würde die am Sozialstaatsgrundsatz orientierte Legitimitätskontrolle im Bereich zivilrechtlicher Normen gewinnen. Da durch die Beschränkung des verfassungsgerichtlichen Verwerfungsmonopols auf nachkonstitutionelles Recht der Zugang zur abstrakten Normenkontrolle versperrt ist und die Legitimitätskontrolle meist durch Auslegung des einfachen Rechts geleistet werden kann, treten derartige Fälle weniger hervor. Dieses Erscheinungsbild wird der Tragweite allerdings nicht gerecht, die das Sozialstaatsprinzip in diesem Zusammenhang hat. Die Vielzahl dispositiver Normen des Zivilrechts sowie die privater Vertragsautonomie überantworteten "rechtsfreien" Räume bedürfen dringend der Durchforstung unter sozialstaatlichem Aspekt. Das sich unter dem Signum der Vertragsfreiheit heute weithin ungemein einseitige Machtpositionen zur Herrschaft bringen, die sich zulasten des "kleinen Mannes" auswirken und bis zur gänzlichen Entrechtung des schwächeren Partners reichen, ist kaum zu verbergen⁶⁰⁾; wenn dennoch nur für den makroökonomisch interessanten Bereich des Konzern- und Kartellrechts ein Verbots- und Mißbrauchsrecht geschaffen worden ist, sollte das die Zivilgerichte nicht hindern, ihre aus dem Sozialstaatsprinzip folgenden Schutzpflichten in der Rechtssatzkontrolle wahrzunehmen⁶¹⁾. In der Regel - etwa im Kauf- und Mietrecht würde es ausreichend sein, die gesetzlichen Regelungen als unabdingbar zu behandeln.

Schließlich sei in diesem Zusammenhang auch auf die bereits behandelten Fälle von Gruppenbegünstigungen durch vorzugsweise Gewährung staatlicher Leistungen hingewiesen⁶²⁾; ihre Behandlung unter demokratischen

59) BVerfGE 21, 73 (86).

60) Siehe dazu Rupert Schreiber, Die rechtliche Beurteilung allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1967, 1441.

61) Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung erfüllt diese Forderung besser, vgl. Gerhard Müller, Der Sozialstaatsgedanke unter Berücksichtigung der Rspr.d.BAG,

Gesichtspunkten hatte ergeben, daß sie ihre alleinige Legitimation in sozialstaatlichen Zielsetzungen oder besonderen grundrechtlichen Schutzpflichten finden können. Ihre demokratische Fragwürdigkeit gebietet sogar, daß die in diesem Zusammenhang zu stellenden Anforderungen über das Maß sozialer Nützlichkeit hinausgehen müssen; eine erhöhte sozialstaatliche Legitimation ist vor allem deswegen zu verlangen, weil jede Gruppenbegünstigung nicht nur zulasten der Allgemeinheit, nämlich der Allgemeinheit der Steuerpflichtigen, und zulasten anderer langfristig häufig wichtigerer Staatsaufgaben geht, sondern auch wegen der mittelbaren Benachteiligung derjenigen Gruppen, die von der Begünstigung nicht erfaßt werden. In Anbetracht des tatsächlichen Gewichts, das der Sozialetat inzwischen erreicht hat⁶³⁾, ist sogar zu erwägen, ob die Festsetzung der Ausgabenprioritäten weiterhin ausschließlich dem gesetzgeberischen, d. h. dem politischen Ermessen der Mehrheitspartei(en) überlassen bleiben soll oder ob nicht im Rahmen eindeutiger Dringlichkeiten und sozialstaatlicher Pflichten eine judizielle Kontrolle angebracht erschiene. Wer sich der Mühe unterzieht, die unter sozialstaatlichen Gesichtspunkten gewährten Leistungen anhand des Bundeshaushaltsplans zu sichten, wird nicht wenige Tatbestände entdecken, die sich als fragwürdige Gruppenbegünstigung erweisen⁶⁴⁾. Das Fehlen

BarbBl. 1964, 723 ff. Vgl. im übrigen die ausführliche Darstellung Ernst Bendas, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 413 ff.

- 62) Dazu oben in diesem Abschnitt lit. a), S. 142 ff.
- 63) Aus dem Finanzbericht 1967 des Bundesfinanzministers ergeben sich folgende abgerundete Zahlen (in Mill.): 23000 für Sozialausgaben (S. 87); 5470 für Kriegsfolgenlasten; 7260 für offene, 14000 für unsichtbare Subventionen (S. 147, 149 ff); 46000 für Ausgaben der Sozialversicherungsträger ausschließlich allgemeiner Haushaltsmittel (S. 131). Die Summe, 96 Milliarden, übersteigt den Bundeshaushalt erheblich und stellt mehr als 25 % des Nettosozialprodukts dar.
- 64) Als Beispiel sei die Sonderbegünstigung genannt, die den Kirchenbediensteten aus den ehemaligen deutschen Ostgebieten zuteil wird. Für sie erhalten die Kirchen

einer richterlichen Kontrolle hat zu einer Unbedenklichkeit und auch Schwäche des Parlaments gegenüber Interessentendrohungen geführt, die erst durch den Zusammenbruch der öffentlichen Haushalte in den Jahren 1965 und 1966 gewissen Ansätzen von finanzwirtschaftlicher Vernunft gewichen ist. Der zu erwartende Vorwurf justizstaatlicher Hypertrophie wiegt gegenüber der inzwischen allseitig eingestandenen immensen Verschleuderung öffentlicher Mittel gering; ihm ließe sich im übrigen begegnen, wenn der offensichtlich versagenden demokratischen Kontrolle durch Wahlen effektivere Mittel zur Seite gestellt werden könnten - zu denken ist an unmittelbare Referenden mit Veto-Wirkung.

Damit sei der Überblick über die Möglichkeiten der Legitimitätskontrolle gegenüber sozialstaatlichen Ermessensakten abgeschlossen. Zu beantworten bleibt die rechtlich besser greifbare Frage, wann der Punkt erreicht ist, an dem Sozialgestaltungsauftrag und -ermächtigung in positive sozialstaatliche Schutz- und Beistandspflichten umschlagen, so daß Pflichtaufgaben des Sozialstaats im Sinne von Art. 20 Abs.1, 28 Abs.1 GG entstehen. - Kennzeichnet man den Bereich verfassungsmässiger Wahrnehmung sozialgestalterischen Ermessens durch das Gebot sozialer Nützlichkeit, so kann als Qualitätsmerkmal für gesteigerte sozialstaatliche Schutz- und Beistandspflichten antichetischen das Verbot sozialer Dringlichkeit statuiert werden. Danach würde ein Gemeinschaftsinteresse zur sozialstaatlichen Pflichtaufgabe, sobald dessen organ-schaftliche Wahrnehmung durch die erhöhte rechtliche Qualität des Schutzgutes und die Dringlichkeit des Schutzbedürfnisses geboten ist. Die Garantenpflichten

als pauschalierten Zuschuß 15 Millionen (Titel 605). Dadurch wird für eine einzelne Gruppe von Vertriebenen ein Sonderstatus geschaffen, ohne daß ersichtlich wäre, warum die allgemeinen Sozialleistungen - Lastenausgleich, Angestellten-Sozialversicherung, Versorgungsrecht - ausgerechnet bei dieser Gruppe nicht ausreichenden Schutz böten.

des Staates für ein daseinsnotwendiges Existenzminimum wurden bereits als typische Sachverhalte genannt, in denen konkrete staatliche Schutzpflichten bestehen. Während ihr Akzent stärker bei der durch Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG statuierten Schutzpflicht für die menschliche Würde liegt, beruhen die Pflicht zur Wiedergutmachung staatlich veranlaßten Unrechts⁶⁵⁾ und die Beistandspflichten nach kriegserischen, wirtschaftlichen und naturbedingten Katastrophen auf stärker sozialstaatlich geprägten Erwägungen.

In diesen Fällen kann zwar aus dem Sozialstaatsgrundsatz ohne Überbeanspruchung seines positivrechtlichen Regelungsinhaltes weder eine substantiierte Unterstützungs- oder Restitutionspflicht noch gar ein subjektives Recht auf bestimmte staatliche Leistungen abgeleitet werden; aus der Kennzeichnung als sozialstaatliche Pflichtaufgabe⁶⁶⁾ ergibt sich für den anstehenden Problemkreis der Legitimitätskontrolle gegenüber gesetzlich vorgesehenem oder tatsächlich vollzogenem Verwaltungshandeln eine Antwort auf die Frage, ob ein schlichtes oder ein wichtiges Gemeinschaftsinteresse vorliege. Ist ein erhöhtes sozialstaatlich anerkennbares Schutzbedürfnis zu bejahen, folgt daraus eine gesteigerte Dringlichkeit staatlichen Schutzes, die sich zur positiven Schutzpflicht verdichten kann und dann als verfassungsrechtliches Gebot der Sozialstaatsprinzipien und als wichtiges Gemeinschaftsgut zu legitimieren ist. Erhöhtes Schutzbedürfnis und gesteigerte Dringlichkeit einer Schutzgewährung durch die organisierte Gemeinschaft wären in dieser Sicht die Kriterien, die ein sozialstaatlich determiniertes Gemeinschaftsinteresse als wichtigen Gemeinschaftswert auswiesen.

65) Dazu gehören Amtshaftungs-, Aufopferungs- und Folgebeseitigungsansprüche, aber auch die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts und der Ehrensold für die Hinterbliebenen der Opfer des 20. Juli 1944.

66) BVerfGE 1, 97 (105) spricht von der Verpflichtung zu gesteigerter sozialer Aktivität.

Die Tauglichkeit dieser zunächst nur als These entwickelten Unterscheidungskriterien zeigt sich sowohl im Bereich der daseinsvorsorgenden Staatstätigkeit wie im Eingriffsbereich. - Dienen zweckgebundene staatliche Zuwendungen oder anstattlich und durch öffentlich beherrschte Unternehmen gewährte Leistungen des wirtschaftlichen und kulturellen Bereichs sozial nützlichen Zwecken, ohne durch ein erhöhtes Schutzbedürfnis der Allgemeinheit oder einer Gruppe von Staatsbürgern dringend geboten zu sein - zu denen ist etwa an öffentliche Büchereien schönggeistiger Richtung, an öffentliche Gemäldesammlungen, an öffentliches Kunstmäzenatentum, an den Rundfunk, an strukturelle wirtschaftliche Förderungsmaßnahmen, an Mittelstandsschutz und an Müllabfuhr -, so kann diesen Aufgaben regelmäßig die Anerkennung als sozialstaatlich legitimer Gemeinschaftszweck nicht versagt werden, wenn auch stärker als bisher ihre meist überwiegende Finanzierung aus allgemeinen Steuermitteln, also ihre Bedingtheit durch einen vorausgehenden Vermögenseingriff des Staates zu betonen und einem allzu weit verstandenen Sozialgestaltungsauftrag entgegenzusetzen ist; mangels gesteigerter Schutzpflichten des Gemeinwesens kann jedoch regelmäßig nicht von einem wichtigen oder gar besonders wichtigen Gemeinschaftsinteresse gesprochen werden, das als Pflichtaufgabe des Staates exegetisch aus der Sozialstaatsverbürgung konkretisierbar wäre.

Zur Pflichtaufgabe wird die organschaftliche Wahrnehmung des Gemeinzweckes jedoch dann, wenn die tatsächlichen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des hochentwickelten Industriestaates seine Erfüllung oder die staatliche Gewährleistung der Erfüllung durch Dritte gebieten. In diesem Fall fordert das sozialstaatlich begründete gesteigerte Schutzbedürfnis der Allgemeinheit die organschaftliche Wahrnehmung; Beispiele dieser Art sind etwa die Sozialversicherung, die Arbeitsvermittlung, die Staatsanstalten der wirt-

schaftlichen und persönlichen Kommunikation wie Straßenbau, Bundesbahn, Bundespost und Wasserstraßen, die Bereitstellung von Forschungs- und Bildungsanstalten, die sogenannten Zukunftsinvestitionen für naturwissenschaftliche und technologische Grundlagenforschung, die Ausbildungsfürsorge und -förderung und das Gesundheitswesen. - Näherer Begründung bedarf in diesem Zusammenhang nur das besondere sozialstaatliche Schutzbedürfnis.

Es folgt in den meisten der genannten Fälle daraus, daß dem sozialstaatlichen Element der Dringlichkeit ein finales Staatsbürgerinteresse mit besonderer Schutzverbürgung zur Seite tritt. Deutlich ist das etwa auf dem Gebiete des öffentlichen Gesundheitswesens, wo die besondere Schutzverbürgung aus Art. 2 Abs.2 S.1 GG hervorgeht, im Bildungssektor, wo die Art. 2 Abs.1, 7 Abs.1, 12 Abs.1 S.1 GG einschlägige Gewährleistungen enthalten, im Bereich der Arbeitsvermittlung, wo Art. 1 Abs.1 S.2, Art. 2 Abs.1 GG ergänzend herangezogen werden können, und im Sozialversicherungsrecht, in dessen Zusammennang Art. 2 Abs. 1, 2 S.1, 14 Abs. 1 S. 1 GG - Schutz des erdienten Eigentums - besondere Schutzpflichten erzeugen.

Diese nicht nur sozialer Nützlichkeit, sondern einem dringenden Schutzbedürfnis dienenden Institutionen der öffentlichen Daseinsvorsorge müssen unter den heutigen gesellschaftlichen Vorgegebenheiten als Pflichtaufgaben des sozialen Staates und damit als wichtige Gemeinschaftsgüter qualifiziert werden. Desungeachtet wäre es falsch, behaupten zu wollen, jeder von ihnen ausgehende oder auf sie bezogene Rechtsakt verwirkliche ein wichtiges Gemeinschaftsinteresse und müsse deswegen an dieser Qualifizierung der Institutionen als solcher teilhaben. Ein solcher Schluß wäre ebenso unrichtig wie die Annahme, daß aus der Existenz des Staates die Gemeinnützigkeit und Rechtmäßigkeit aller organschaftlichen Rechtsakte folgte. Die Bewertung des konkreten Gemeinschaftsinteresses muß daher differenzierend gewonnen werden. Dient der Rechtsakt der Begründung der

Institution als solcher oder sichert er deren gegenwärtige und zukünftige Funktionsfähigkeit, so entspricht er einem wichtigen Gemeinschaftsinteresse, allerdings nur soweit der Aufgabenbereich der Einrichtung sich auf Gegenstände erstreckt, für die verfassungsrechtliche Schutzpflichten bestehen. Die Rechtsakte, die von derartigen Einrichtungen ausgehen, erfüllen dagegen nur dann ein wichtiges Gemeinschaftsinteresse, wenn durch sie eine verfassungsrechtlich gebundene Pflichtaufgabe vollzogen wird. Das ist der Fall, wenn die Pflichtaufgabe einer grundrechtlich oder sozialstaatlich garantierten Schutzpflicht des Staates entspricht und die dadurch geschützten Rechtsgüter unmittelbar (durch staatliche Leistungen) oder mittelbar (durch Eingriffe, die Dritten zum Vorteil gereichen) begünstigt werden. Im sozialstaatlich gesteuerten Bereich haben die Staatsakte, mit denen die elementaren Daseinsbedingungen geschaffen werden, ohne die die Freiheitsgarantien und Bürgerrechte unwirksam bleiben, den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen. Elementar sind jene Maßnahmen der staatlichen Daseinsvorsorge, die die wesentlichen Voraussetzungen für die Effektivität der Grundrechtsverbürgungen und der demokratischen Bürgerrechte abgeben.

Die auf positive Leistungspflichten ausgerichtete Grundtendenz der sozialstaatlichen Pflichten des Staates äußert eine für die Grundrechtsdogmatik grundlegende Wirkung: Den ursprünglich als negatorische Abwehrrechte konzipierten Freiheitsrechten können unter sozialstaatlichem Aspekt positive Leistungspflichten des Staates entnommen werden. Die sozialstaatlichen Schutzpflichten sind also der rechtliche Ort, an dem die grundrechtlichen Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe in positive Leistungspflichten des Staates, mitunter sogar in positive Leistungsansprüche des Bürgers umgesetzt werden. Da die meisten Grundrechte keine ausdrückliche Normierung entsprechender Schutzpflichten kennen, wird das Sozialstaatsprinzip nicht

nur für die rückbezügliche Konkretisierung von Gemeinwohlblanketten, sondern für das Grundrechtsverständnis selbst äußerst bedeutsam. Den Schutzpflichten aus den Grundrechten kann durch organschaftliche Abwehrmaßnahmen gegen Angriffe Dritter⁶⁷⁾, durch Verleihung subjektiver Abwehrrechte oder durch positive Staatsleistungen zur Schaffung der äußeren Bedingungen für die Grundrechtsausübung genügt werden. Der sozialstaatliche Nexus, in den jedes Grundrecht gestellt ist, gebietet mithin, daß die in Art. 1 Abs. 1 S. 2, 6. Abs. 2, 4 und 5 GG ausdrücklich normierten Schutzpflichten des Staates auf alle Grundrechtsnormen erstreckt werden. Diese allgemeine grundrechtliche Schutzpflicht konkretisiert sich zur positiven Handlungspflicht des Staates, wenn aus der tatsächlichen Gefährdung eines grundrechtlichen Schutzgutes in der Sozialität ein dringendes sozialstaatlich begründbares Schutzbedürfnis entsteht⁶⁸⁾. Sozialstaatlich intendierte Schutz- und Förderungsmaßnahmen, die grundrechtliche Schutzgüter gegen soziale Gefährdungen absichern oder solchen Gefährdungen vorbeugen, die Grundrechte also in der sozialen Wirklichkeit effektuieren⁶⁹⁾, teilen den verfassungsrechtlichen Rechtswert, der diesen Schutzgütern zukommt: sie dienen einem wichtigen Gemeinschaftsinteresse.

67) BVerfGE 1, 97 (104) hatte die Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG noch auf die Abwehr von Angriffen Dritter beschränkt. Da die Problematik zu dieser Zeit noch kaum erörtert war, ist anzunehmen, daß eine erneute Überprüfung zu einem neuen Ergebnis führen wird. Vgl. noch die Nachweise oben S. 161 N. 50.

68) erinnert sei in diesem Zusammenhang an die Entscheidung zur Altersgrenze der Hebammen (BVerfGE 9, 338 (345 ff)). Hier stellt das Gericht richtig auf die Gefahrenlage und die besondere Schutzbedürftigkeit der Mütter und Kinder ab, ohne allerdings auf die allein tragenden rechtlichen Gesichtspunkte des Sozialstaatsprinzips und der Garantie der körperlichen Unversehrtheit einzugehen.

69) Ähnliche, wenn auch mehr im Allgemeinen verbleibende Erwägungen finden sich bei Peter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, Karlsruhe 1962, S. 15 f; Werner Weber, Der Staat IV (1965), S. 439.

8. Abschnitt

Zur Entbehrlichkeit des Gemeinwohls als allgemeiner Rechtsbegriff

In den vorausgehenden Abschnitten ist der Nachweis geführt worden, daß die Argumentation mit einem selbstständigen und unaufgeschlüsselten Gemeinwohlbegriff keine zureichende Basis abgibt, um konkrete Gemeinschaftsinteressen rechtlich zu bewerten und Maßstäbe für ihre verfassungsrechtliche Beurteilung zu schaffen. Der Gemeinschafts(rechts)wert eines bestimmten Gemeinschaftsinteresses und die jenem korrespondierenden Sollensgebote können allein aus der Rückführung auf die jeweils begünstigten, positivrechtlich ausgeformten Rechts(schutz)güter und aus der Projektion auf die Staatsgrundnormen des Art. 20 Abs. 1 GG gewonnen werden.

Damit ist notwendig die Frage gestellt, ob dem Gemeinwohl als allgemeinem Verfassungsrechtsbegriff überhaupt eine Bedeutung beigemessen werden darf oder ob seine Verwendung nicht nur Ausdruck einer gedanklichen Bequemlichkeit ist. Die Argumentation mit einem vielseitig handbaren Gemeinwohlbegriff käme einer solchen Neigung entgegen, weil sich die rechtsdogmatische Begründung des Rechtswertes bestimmter Gemeinschaftsinteressen aus der positiven Verfassungsordnung und der ihr konformen Rechtsordnung erübrigte. An ihre Stelle träte die schlichte Plausibilität der Rechtsbehauptung, wie sie sich etwa in den Formeln vom "legitimen", "wichtigen" und "überragend wichtigen" Gemeinschaftsinteresse und in den oft berufenen "vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls" ausdrückt.

Der behauptete Rechtswert eines Gemeinschaftsinteresses kann angesichts der Unbestimmtheit der Blankettformeln des gemeinen Wohls bei einem Verzicht auf die hier geforderte rückbezügliche Bestimmung des Gemeinschaftsrechtswertes regelmäßig nur dadurch überzeugend gemacht werden, daß auf bestehende außerrechtliche Ordnungsvorstellungen zurückgegriffen wird; verbleibt die Inhaltsgebung jenseits existenter Gemeinwohlvorstellungen, so nähert sie sich offener Willkür. In jedem Fall beruht die Rechtswertfindung auf einem dezisionären Akt, in dem sich die Anfälligkeit der Gemeinwohlformeln für Einbrüche aus der Welt pluralitär geformter, metajuristischer Überzeugungen und Vorstellungen dokumentiert.

Diese unvermeidbare Konsequenz führt die einfachgesetzlich positivierten Gemeinwohlblankette vor die unüberschreitbare Barriere des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes ¹⁾. Die daraus folgenden Bedenken sind allerdings auf die verfassungsrechtliche Ebene nur beschränkt zu übertragen, da der demokratischen Komponente des Bestimmtheitsgrundsatzes zumindest solange genügt ist, als die Ausformung verfassungsrechtlicher Gemeinwohlklauseln dem Gesetzgeber vorbehalten ist. Eine skeptischere Beurteilung ist jedoch auch hier vonnöten, soweit aus dem Gemeinwohl ungeschriebene Ermächtigungen abgeleitet werden und soweit geschriebene Gemeinwohlklauseln unmittelbar durch Gerichts- und Verwaltungsorgane effektuiert werden. Das sei im folgenden begründet.

1) Siehe dazu oben 5. Abschnitt lit. a), S. 83 ff.

a) Das Gemeinwohl als Regelungsvorbehalt

Wenn insbesondere in der Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 1 GG, aber auch in anderem Zusammenhang ^{1a)} die Begriffe des Gemeinwohls und seiner Synonyme zunehmend als allgemeine verfassungsrechtliche Rechtsgrundsätze verwandt werden, steht - von der Anlage der verfassungsgerichtlichen Rechtsatzkontrolle her sachgegeben - die verpflichtende, kompetenzbegrenzende Seite im Vordergrund. Bei Grundrechten jedoch, die keinen geschriebenen Regelungs- oder Eingriffsvorbehalt haben, wie etwa die Gewährleistung der Berufswahlfreiheit ²⁾, tritt zugleich die Ermächtigungswirkung des Gemeinwohl-"vorbehalts" zutage.

Die Anerkennung einer im Gemeinwohl institutionalisierten Gemeinschaftsgebundenheit als allgemei-

1a) Zu erinnern ist an die Entscheidungen BVerfGE 7, 320 (323) - Mißbrauch des elterlichen Erziehungsrechts; E 8, 275 (313, 328 f) - Preisvorschriften als Nutzen für das Gemeinwohl; E 10, 354 (369, 371). - Altersversorgung für Ärzte als dringliches Gemeinschaftsinteresse; E 12, 354 (363) - VW-Privatisierung als in Gemeinwohl liegend; E 14, 26 (32) - Begünstigung des Konzernherrn zulasten der Minderheitsaktionäre als Interesse der Allgemeinheit; E 17, 306 (315) - Mitfahrerzentralen; E 18, 315 (327) - Milchmarktordnung; E 20, 162 (222) - keine Pressegarantie gegenüber schweren Verfehlungen gegen das Gemeinwohl; E 20, 283 (295) - Tötung tollwutverdächtiger Hunde; E 21, 75 (86) - Eigentumsbindungen zum Schutz von Gemeinschaftsinteressen.

2) Neben ihr sind als Grundrechte ohne Eingriffsvorbehalt nur die Menschenwürde, Glauben, Gewissen, Bekenntnis und Religionsausübung, Kunst, Wissenschaft und Forschung, sowie das Auslieferungsverbot und Asylrecht zu nennen.

ne verfassungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage für eingreifende oder regelnde Rechtsakte begegnet unvergleichlich größeren Bedenken als die kompetenzbegrenzende Verwendung des Gemeinwohlgedankens. Auch wenn man diese Funktion des Gemeinwohlprinzips auf die Fälle fehlender ausdrücklicher Regelungs- und Eingriffsvorbehalte beschränkt ³⁾, kann nicht übersehen werden, daß dadurch die Systematik der Grundrechte mit ihren abgestuften Vorbehalten unterlaufen wird. Das wird nirgends so offenbar wie gerade bei jenen Freiheitsrechten, die vorbehaltlos konzipiert sind. Wird ihnen ein Gemeinschaftsvorbehalt hinzugebracht, der durch seine Unbestimmtheit und Anfälligkeit gegen außerrechtliche Einflüsse in traditionellem Verständnis aus sich heraus grenzenlos ist, so verkehrt sich deren vorbehaltlose Gewährleistung in ihr Gegenteil. Die von Grundrecht zu Grundrecht variierenden geschriebenen Gesetzesvorbehalte werden obsolet, sofern an die Stelle einer fehlenden oder für den konkreten Regelungszweck zu engen Ermächtigung ein sachlich unbegrenzter Gemeinschaftsvorbehalt gesetzt wird, der aus einer wie immer garteten Gemeinwohlgebundenheit des Individuums begründet wird.

Mag eine dergestaltete ungeschriebene, "immanente" Begrenzung auch im Bilde des vom Bundesverfassungs-

3) An sich ist diese Beschränkung nicht folgerichtig, da keine Gründe dafür ersichtlich sind, einzelne Freiheiten einer allgemeinen Gemeinwohlbindung zu unterwerfen, andere mit ausdrücklichen (beschränkten) Gemeinschaftsvorbehalten dagegen nicht. Insofern ist die (nicht zu billigende) Erstreckung des Vorbehalts aus Art. 2 Abs. 1 GG auf alle Grundrechte durchaus folgerichtig, sobald man sich zu einer Verallgemeinerung dieses Vorbehalts entschließt (so v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, 2. Aufl., Anm. IV zu Art. 2 (S. 176) und Vorbem. B XV 3 a (§ 130)).

gericht angenommenen Wertsystem; des Grundgesetzes bleiben - dem "Menschenbild nicht des selbstherrlichen Individuums, sondern der in der Gemeinschaft stehenden und ihr vielfältig verpflichteten Persönlichkeit" ⁴⁾ -, ein umfassender Gemeinschaftsvorbehalt, der alle speziellen Gewährleistungen durchstieße und alle speziellen Vorbehalte überwölbte, läßt sich aus dieser grundsätzlichen, am Gemeinwohlgedanken orientierten gesellschaftlichen Gebundenheit des Individuums nicht rechtfertigen ⁵⁾. Einem dahingehenden generellen Gemeinwohlvorbehalt müssen die gleichen Bedenken entgegengehalten werden, die gegen eine einschränkungslose Erstreckung der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG auf alle Grundrechte ⁶⁾ bestehen.

Eine gegenüber den Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG engere Reichweite des Gemeinwohlvorbehalts läßt sich angesichts der traditionell extensiven Inhaltsgebung selbst dann kaum behaupten, wenn das Verständnis des Bundesverfassungsgerichts ⁷⁾ zur "verfassungsmäßigen Ordnung" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG zugrundegelegt wird. Seine Anerkennung hätte daher zwangsläufig eine Rückkehr zu der in der Weimarer Zeit bereits angefochtenen Grundrechtsdoktrin zur Folge, die ihr Genügen darin fand, die Grundrechte

4) BVerfGE 12, 45 (51); ebenso schon E 4, 7 (15 f).

5) Modifizierend Maunz-Dürig, Grundgesetz, RdZi. 71, 74 zu Art. 2 I GG.

6) In diesem Sinne Ernst Rufolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, Tübingen 1953, S. 661; v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, 2. Aufl., Anm. IV zu Art. 2, S. 176 f; Bruno Schmidt-Bleibtreu-Franz Klein, Grundgesetz, Neuwied 1967, RdZi. 13 vor Art. 1, S. 29.

7) Zuerst in BVerfGE 6, 32 (40).

auf einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in Freiheit und Eigentum zu reduzieren⁸⁾. Als alleiniges Korrektiv blieben das Erforderlichkeitsprinzip und das Übermaßverbot, deren Wirkweise durch einen weit verstandenen Gemeinwohlbegriff allerdings sehr begrenzt wäre.

Die historisch nachweisbaren Gefahren, die dem zu jedem Mißbrauch geeigneten Gemeinwohlgrundsatz - mag er in einem Blankett positiviert sein oder nicht - innewohnen, lassen sich auch nicht dadurch bewältigen, daß im Anschluß an Art. 151 Abs. 2 WRV als ungeschriebener Gemeinwohlvorbehalt nur "übertragende Forderungen des Gemeinwohls"⁹⁾ anerkannt werden. Die Unsicherheit, die bei der Differenzierung zwischen schlichten, wichtigen und überragend wichtigen Gemeinschaftswerten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁾ hervorgetreten ist, läßt es mehr als zweifelhaft erscheinen, daß auf diese Weise eine ausreichende Begrenzung des Gemeinwohlvorbehalts gewonnen werden kann.

Dasselbe gilt von der These Günter Dürigs¹¹⁾, die "objektiv erkennbaren" Gemeinwohlforderungen den sonstigen Gemeinschaftsinteressen zu kontrastieren und allein jene als ungeschriebenen Vorbehalt anzuerkennen. Eine derartige Evidenz von Gemeinwohlinhalten jenseits der positiven Rechtsordnung gibt es

8) Richard Thoma, Der Vorbehalt der Legislative und das Verordnungsrecht, HDStR II, S. 222 f.

9) Ernst Rudolf Huber, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, Teil II, DÖV 1956, S. 136.

10) Siehe oben 5. Abschnitt lit. f) S. 143 ff.

11) Maunz-Dürig, Grundgesetz, RdZi. 74 a.E. zu Art. 2 I.

nur ausnahmsweise ¹²⁾; das Gemeinsame in der Vielfalt der gesellschaftlichen Vorstellungen und auch bedeutsamer Soziallehren ist schmal angelegt und beschränkt sich - wie die Ausführungen im 4. Abschnitt dieser Untersuchung gezeigt haben - auf allgemeinste Aussagen. Sie sind wegen dieser Allgemeinheit einer Transformation in rechtliche Sollensnormen kaum zugänglich. Im übrigen können von daher keine Rechtswerte gewonnen werden, die nicht mit gleicher Allgemeinheit in dem breiten Spektrum der Staatsfundamentalnomen des Art. 20 Abs. 1 GG, in Art. 1 Abs. 2 GG und in den Grundrechten bereits eingefangen wären. - Evidenz von Gemeinwohlinhalten im Rechtssinne erzeugt die positive Rechtsordnung, indem sie aus der Pluralität gesellschaftlicher Werte auswählt. Nur die darin liegende rechtliche Bewertung vorrechtlicher sozialer Werte kann die erhöhte Sanktion der staatlichen Gebotsnormen rechtfertigen, nicht eine wie immer begründete soziale Evidenz.

In der Forderung "überragender" oder "objektiv erkennbarer" Gemeinwohlgegenstände klingt der Gedanke einer gesteigerten Plausibilität an. Versucht man ihn zur verfassungsrechtlichen Kategorie zu machen, so liegt die im Handwerksurteil ¹³⁾ gemachte Differenzierung zwischen absoluten und sonstigen Gemeinschaftswerten näher. Hier hat das Bundesverfassungsgericht zwischen Gemeinschaftsgütern, die auf schlichten Zweck-

12) In normalen Zeitläufen führt sie zur Verfassungsrevision, in revolutionären Situationen kann sie ein Widerstandsrecht begründen.

13) BVerfGE 13, 97 (107).

mäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers beruhen, und absoluten Gemeinschaftswerten unterschieden, die dem Gesetzgeber vorgegeben und von der jeweiligen Politik unabhängig sind. Erkennt man nur den absoluten Gemeinschaftswerten kompetenzerzeugende Wirkung auch bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten zu, so erübrigt sich indessen ein allgemeiner Gemeinwohlvorbehalt. Vorgegeben sind dem Gesetzgeber im Sinne der verfassungsrechtlichen Dogmatik jene Rechtswerte, die grundrechtlich verankert sind (Art. 1 Abs. 3 GG) oder die zur verfassungsmäßigen Ordnung im engen Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG gehören. Werden allein sie als "überragende" Gemeinschaftswerte anerkannt - das ist im Gegensatz zur bisherigen Verfassungsrechtsdoktrin und -praxis der in der vorliegenden Arbeit eingeschlagene Weg -, so folgt die von ihnen ausgehende Gewährleistungsbegrenzung und Vorbehaltswirkung aus dem hermeneutisch unbestrittenen Grundsatz der systematischen Grundrechtsauslegung.

In diesem Fall fällt die Problematik eines ungeschriebenen Gemeinwohlvorbehaltes in sich zusammen; von ihr bleibt nicht mehr als die Frage, ob der im Wege der systematischen Angleichung kollidierender Grundrechts- und sonstiger Verfassungsrechtswerte gewonnene nachzeichnende Regelungsvorbehalt als Gemeinwohlvorbehalt bezeichnet werden soll oder nicht. Da das Interpretationsverfahren vorab feststeht, handelt es sich allein um die Frage der Benennung. Obwohl in diesem Zusammenhang eine Großzügigkeit an sich unschädlich sein könnte, empfiehlt sich die Verwendung des Gemeinwohlbegriffs nicht. Sein traditionelles Verständnis dürfte sich nur schwer verdrängen lassen, auch wenn Klarheit darüber besteht, daß nur jene Inhaltsgebungen legitim

anerkannt werden können, die sich aus positivierten Verfassungsrechtswerten unmittelbar oder durch mittelbare Rückführung einfachgesetzlicher Wertungen auf Verfassungsrechtswerte ergeben.

Mit dieser Restriktion ist der ungeschriebene Gemeinschaftsvorbehalt auf das gleiche Maß zurückgedrängt, das für die Gemeinwohlblankette des einfachen Rechts wegen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes hat gefordert werden müssen ¹⁴⁾. Wenn dieser Beschränkung auf die Gemeinschaftswertnormierungen der Verfassung und der ihr konformen Rechtsordnung entgegengehalten wird, daß der Staat befähigt sein müsse, auf alle gesellschaftlichen Notwendigkeiten und "Lagen" zu reagieren ¹⁵⁾, so zeichnet sich darin ein absolut-etatistisches Staatsverständnis ab, das der gegenwärtigen Verfassungsordnung nicht gerecht wird. Sie baut auf einer Systematik kompetenzerzeugender und kompetenzbegrenzender Normen für die Ausübung staatlicher Gewalt auf und läßt keinen Raum für ein überzeitliches Aufgabenbild des Staates. Die nur auf dem Hintergrund einer Staatsmystik lebende Staatsraison, die allein einen unumschränkten ungeschriebenen Gemeinwohlvorbehalt zu rechtfertigen vermöchte, hat im System dieser Kompetenzordnung keinen Raum; Staatsraison kann heute nur Verfassungsraison bedeuten, sie aber verweist auf die geschriebene Ordnung und ist in Art. 20 Abs. 3 GG positiviert.

14) Siehe oben 5. Abschnitt lit. a), S. 83 ff.

15) Etwa Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 828 f, 964.

b) Das Gemeinwohl als ergänzende Kompetenzbegrenzung

Ist die Unzulässigkeit einer allgemeinen Gemeinwohlermächtigung ungeschriebenen Rechts aus dem Rechtsstaatsprinzip und den grundrechtlichen Freiheiten zu begründen, so begegnet eine aus der Verpflichtung auf das Gemeinwohl folgende Kompetenzbegrenzung dem Bedenken, daß eine Kompetenzverlagerung stattfindet. Durch die Anerkennung einer ergänzenden Gemeinwohlbindung des Gesetzgebers werden dessen Regelungsermessen und Gestaltungsfreiheit eingeschränkt; dem Bundesverfassungsgericht wird ein zusätzlicher Verfassungskontrollmaßstab an die Hand gegeben, der je nach Gemeinwohlverständnis korrigierend oder ersetzend neben die verpflichtenden Kompetenznormen der Verfassung tritt. Die hier auftretende Problematik ist mithin grundverschieden von der rechtsstaatlich orientierten bei ungeschriebenen Gemeinschaftsvorbehalten.

Die Exegese der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hat offenbar gemacht, daß trotz der starken Betonung einer generellen Gemeinwohlbindung des Gesetzgebers die praktische Bedeutung gering geblieben ist, daß vielmehr eine deutliche Scheu erkennbar ist, der Gemeinschaftsinteressenbewertung des Gesetzgebers entgegenzutreten. Dafür wird nicht zuletzt die Unsicherheit verantwortlich zu machen sein, die bei der konkreten Gemeinschaftswertbestimmung einzelner gesetzlich verfolgter Gemeinschaftsinteressen herrscht. Solange als Kriterien die rechtlich kaum faßbaren Unterscheidungsmerkmale: einfach - wichtig - überragend wichtig - absolut, verwandt werden, ist keine andere Lösung vertretbar als die Anerkennung eines weiten Gestaltungsspielraumes des

Gesetzgebers. Die gestalterische Freiheit umfaßt folgerichtig auch die Frage, ob ein einfachgesetzlich konstituiertes Gemeinschaftsinteresse einen wichtigen oder weniger bedeutsamen Gemeinschaftswert darstellt. Damit wird allerdings die über die Gemeinwohlbindung soeben geschaffene zusätzliche Kontrollkompetenz wieder beseitigt und auf Mißbrauchsfälle zurückgedämmt.

Besonders deutlich wird diese Beschränkung in jenen Fällen, in denen der Gemeinwohlgrundsatz sich mit der Rechtsfigur der "Natur der Sache" verschränkt. Die Formel von den "sachgerechten" oder "vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls"¹⁶⁾ ist dafür beispielhaft. Sie ist geeignet, offensichtliche Fehlgriiffe des Gesetzgebers auszuschneiden, nicht tauglich ist sie dagegen, einen Maßstab für eine exakte Gemeinschaftswertbestimmung zu geben. Da die verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle voraussetzt, daß eine vorbehaltsausübende oder schrankennachzeichnende gesetzliche Bewertung durch den Gesetzgeber getroffen ist, ergeben sich aus diesem Gemeinwohlverständnis keine zusätzlichen Kontrollmaßstäbe. Die Sperrwirkung geht in dieser Sicht nicht über das allgemeine Willkürverbot hinaus.

Soll die so geartete Gemeinwohlprüfung nur ein am Willkürverbot ausgerichtetes Kontrollverfahren umschreiben, begegnet sie dem bereits angeschnittenen Bedenken, daß positivrechtliche Verfassungsnormen durch eine Inkorporation in die Allgemeinheit einer Gemeinwohlklausel kaum gewinnbringend entfaltet werden können. Lassen sich durch eine Eingliederung keine zusätzlichen Regelungswirkungen erschließen, so dient der Umweg über eine verfassungsrechtliche Generalklausel des gemeinen Wohls nur der methodischen

16) Nachweise oben in der Einleitung S. 11, N. 17.

Verschleierung. Die verfassungsrechtliche Tragweite des Willkürverbotes ist umfassend; sie ist nicht auf den gleichheitlich orientierten Regelungsbereich des Art. 3 Abs. 1 GG beschränkt, denn auch das materielle Rechtsstaatsprinzip verbietet willkürlich wertende Staatsakte ¹⁷⁾. Von daher ergibt sich ein durch die in Art. 20 Abs. 3 GG statuierte Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung umfassend gewährleistetes Willkürverbot. Seine Effektivierung durch Verlagerung in eine ungeschriebene Gemeinwohlbindung erweist sich als überflüssig.

Damit wird zugleich die Dimension deutlich, die der Gemeinwohlgrundsatz als Begrenzung der gesetzgeberischen Ermessensfreiheit allein haben kann; er umschreibt nicht mehr als jene äußersten Grenzen der Gerechtigkeit, vor denen das Entscheidungsprimat des demokratischen Gesetzgebers zu weichen hat. Das im Gemeinwohl verselbständigte Willkürverbot birgt die Gefahr, daß eine über diese beschränkte Nachprüfbarkeit hinausgehende Kontrollkompetenz entsteht. Die traditionelle Weite des Gemeinwohlverständnisses führt leicht dahin, daß der an sich behandelte Gegenstand - die "Sachgerechtigkeit" - aus dem Blick verloren geht und weitere Prüfungsmaßstäbe einbezogen werden. Die Stufentheorie des BVerfG zu Art. 12 Abs. 1 GG ist dafür ein aufschlußreiches Beispiel, weil das Kriterium des "wichtigen" oder "überragend wichtigen" Gemeinschaftsinteresses aus den Kategorien des Willkürverbotes und des Sachgerechten in keiner Weise erschlossen werden kann.

17) v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, 2. Aufl., Anm. VI 4 f zu Art. 20, S. 604; Maunz-Dürig, Grundgesetz, RdZi. 60 zu Art. 20; vgl. im übrigen oben S. 129 f.

Im Bereich des allgemeinen Willkürausschlusses - das kann als Zusammenfassung der vorstehenden Ausführungen festgehalten werden - verdient der Gemeinwohlgedanke im Rahmen der gegenwärtigen Verfassungsordnung keine Beachtung. Soll er nur ein Prüfungsverfahren umschreiben, das seine Kriterien in Wahrheit aus dem Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG gewinnt, so kann es nur der rechtsdogmatischen Verwirrung dienen, diesen Bezug auf positiv-rechtliche Verfassungsnormen nicht offen auszuweisen und an dessen Stelle einen durch seine Unbestimmtheit gefährlichen Blankettbegriff treten zu lassen. Die mangelnde inhaltliche Präzision des mit dem Gerechtigkeitsprinzip verschwisterten Willkürverbots ist jedenfalls kein ausreichender Grund, auf den nicht minder ungenauen Gemeinwohlbegriff auszuweichen. Die Schwierigkeiten der verfassungsrechtlichen Exegese des konkreten Regelungsgehaltes des Willkürverbots lassen sich durch diese Verlagerung weder vermindern noch beheben.

Soll das Gemeinwohlprinzip mehr leisten und zum Angelpunkt für die Gemeinschaftswertbestimmung konkreter Gemeinschaftsinteressen werden, kann das Mißbrauchsverbot keine tragfähigen Aussagen geben. Die Feststellung, daß der Gesetzgeber ein Interesse ohne Willkür als Gemeinschaftswert anerkannt hat, besagt nichts über den Rang dieses Gemeinschaftswertes im Verhältnis zu anderen Gemeinschaftswerten oder zu Individualrechtswerten. Beide Fragen sind aber zu beantworten, um Kriterien für die relative Wertigkeit und Dringlichkeit der konkreten Staatsaufgabe und - im individuellen Bezug - für die im Verhältnismäßigkeitsprinzip angesprochene Übermaßfrage zu gewinnen.

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung mit ihrer Unterscheidung von absoluten, überragenden, wichtigen und legitimen Gemeinschaftsinteressen scheint davon auszugehen, daß der Gemeinwohlgrundsatz sich für die Festlegung gradueller Abstufungen innerhalb der Gemeinschafts- und Individualrechtswerte eigne - eine Annahme, die bis in die jüngste Zeit unangefochten geblieben ist ¹⁸⁾. Da das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber die Zuständigkeit dafür einräumt, aus der Vielfalt gesellschaftlich-politischer Wertanschauungen einzelne Interessen herauszuheben und zu "wichtigen" Gemeinschaftswerten zu normieren ¹⁹⁾, kann nicht ersichtlich werden, wie aus dem als Rechtsfigur verselbständigten Gemeinwohlgrundsatz abweichende Wertmaßstäbe isoliert werden sollen. Entweder wird die gesetzgeberische Wertung, die sich in aller Regel nur mittelbar aus dem Rechtswert des jeweils zurückgedrängten Rechtsgutes erschließen läßt, als unanfechtbar hingenommen - dann ist die Differenzierung verschiedener Gemeinschaftswertigkeiten bloße Beschreibung bestehender Rechtszustände; oder sie wird kritisch in Zweifel gestellt und einer verfassungsrechtlichen Rechtssatzkontrolle unterworfen - dann müssen vom Gesetzesakt unabhängige Wertungsmaßstäbe gewonnen werden. Da die Rechtspraxis eine Kontrollkompetenz in Anspruch nimmt und schon um der Effizienz des Verhältnismäßigkeitsprinzips willen beanspruchen muß, scheidet eine bloß beschreibende Qualifizierung konkreter Gemeinschaftsinteressen als sinnvoller Gegenstand der

18) Kritisch Hans-H. Rupp, BVerfG und Berufsfreiheit, AöR 92 (1967), S. 227, 231 f.

19) BVerfGE 13, 97 (107).

Verfassungsrechtskontrolle aus. Damit entsteht notwendig die Frage, welcher normative Eigenwert dem Gemeinwohlgedanken noch zukommen kann, welche zusätzliche Verpflichtungswirkung ihm gegenüber den verfassungsrechtlichen Pflichtbindungen für die staatliche Kompetenzwahrnehmung innewohnt. Die Antwort ist nach den bisherigen Ausführungen eindeutig: seine Berufung kann nichts anderes bedeuten als eine Verpflichtung des Gesetzgebers auf die verfassungsmäßige Ordnung insgesamt. Sind die Wertungskriterien für Gemeinschaftsinteressen innerhalb des Gemeinwohls identisch mit der Systematik der verfassungsrechtlichen Rechtsgüterwerte und der von ihnen kompetenzgerecht abgeleiteten einfachgesetzlichen Werte, so kann dem Gemeinwohlprinzip keine Aussage entnommen werden, die nicht bereits aus dem Zusammenwirken der Gesamtheit dieser Rechtswerte hervorginge. Dem Gemeinwohlprinzip kommt insofern allenfalls die Aufgabe zu, das systematische Interpretationsverfahren zu umschreiben, das der Gewinnung konkreter Gemeinschaftswerte dient.

Auch im Bereich der kompetenzbegrenzenden Wirkweise des Gemeinwohlprinzips ist daher die Feststellung unumgänglich, daß die Gemeinwohlproblematik zu der schlichten Frage zusammenschrumpft, ob es sinnvoll ist, in diesem Zusammenhang den geschichtsträchtigen Begriff des Gemeinwohls zu verwenden. Solange Klarheit über den wirklichen Gegenstand der Gemeinwohlaussage besteht, ist das ungefährlich, die bislang anderen Inhaltsgebungen ²⁰⁾ bestärken jedoch zu der Empfehlung, die zu-

20) Neuerlich vertritt Helmut Schulz-Schaeffer, Die Staatsform der BRD, Berlin 1966, S. 66, wieder einen über die konkrete Verfassungsordnung hinausgreifenden Gemeinwohlbegriff, wenn er "die gewohnheitsrechtlichen Gemeinwohlvorstellungen des objektiven Volksgeistes" als Geltungsgrund

sätzlichen Kompetenzbegrenzungen offen als Verpflichtung auf die verfassungsmäßige Ordnung auszuweisen.

In dieser Sicht erledigen sich die Bedenken gegen eine Kompetenzverlagerung durch die Verpflichtung aller Kompetenzwahrnehmung auf das der verfassungsmäßigen Ordnung identische Gemeinwohlprinzip. Eine verfassungssinkongruente Verlagerung zwischen den Wertsetzungszuständigkeiten des Gesetzgebers und der Verfassungskontrollinstanzen, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts, kann nicht auftreten. Die Verpflichtung auf die verfassungsmäßige Ordnung als Insgesamt von Normen ist in Art. 20 Abs. 3 GG ausdrücklich normiert; die Kontrollzuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ist damit im Rahmen des jeweils verbleibenden Gestaltungsermessens ohne weitere Begründung gegeben; sie wird inhaltlich umrissen durch die Stringenz, mit der aus den verfassungsrechtlichen Wertnormierungen in ihrer wechselseitigen Bedingtheit konkrete Rechtswerte für bestimmte Gemeinschaftsgüter abgeleitet werden können. Wo das dazu erforderliche Güterabwägungsverfahren keine abweichende Wertfindung gebietet, gebührt dem gesetzgeberischen Wertungsakt Vorrang.

des positiven Rechts (S. 66, 89, 149) und als Legitimitätsbasis des Staates behauptet (S. 66, S. 172). Er übernimmt damit in eigenartiger Verknüpfung neuscholastischer und Hegelscher Gedanken die Auffassung Heinrich Henkels, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964, S. 371 ff, ohne allerdings dessen ausdrückliche (S. 378) Beschränkung auf die rechtsphilosophische Problemstellung einzuhalten (z.B. S. 149 f).

Dieser kann dann allenfalls dadurch zu Fall kommen, daß die Einzelheiten der gesetzlichen Durchführung über das Maß des Erforderlichen oder des Zumutbaren hinausgehen; die damit angeschnittene Verhältnismäßigkeit, durch die jede Staatstätigkeit gebunden ist, steht jedoch auf einer nachfolgenden Güterabwägungsstufe ²¹⁾. Sie ist der Gemeinschaftswertbestimmung logisch nachgeordnet, da die Übermaßfrage nur beantwortet werden kann, nachdem die widerstreitenden Gemeinschafts- und Individualrechtswerte vorab ermittelt sind.

c) Wertbestimmung bei geschriebenen Blanketten

Für die Inhaltsgebung geschriebener Gemeinwohlblankette gelten dieselben Grundsätze. Soweit der konkrete gesetzessystematische Zusammenhang keine spezifischen Aussagen erlaubt, ist auch bei ihnen auf die verfassungsrechtlichen Güterwerte zurückzugreifen. Das bedeutet im Kreis der verfassungsrechtlichen Gemeinwohlklauseln, daß ihnen aus sich heraus keine besondere Aussage entnommen werden kann ²²⁾,

21) Vgl. dazu i.e. oben 5. Abschnitt lit. d), S. 107 ff.

22) So ergeben sich beispielsweise die herkömmlichen Beschränkungen des Gemeinwohlbegriffs in Art. 14 Abs. 3 GG nicht im Wege einer Begriffsanalyse, sondern allein aus dem Sinn des Entschädigungsprinzips: es würde verkehrt, wenn die Enteignung zur Entziehung allein fiskalisch interessanter Objekte eingesetzt werden könnte, denn jede Enteignung umschließt eine entschädigungslose Entziehung der Wertdifferenz zwischen (subjektivem) Marktwert und objektivem Entschädigungswert. Diese Belastung kann nur gerechtfertigt werden, wenn andere Verwaltungszwecke sie gebieten.

die nicht mit gleichem Inhalt aus der Verpflichtung auf die Beachtung und Erfüllung der aus der verfassungsmäßigen Ordnung folgenden Schutz- und Garantiepflichten folgte. Da die aus den Grundrechten und den Staatsgrundsätzen des Art. 20 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflichten des Staates für bestimmte Individual- und Kollektivrechtsgüter durch systematische Interpretation gegenüber allen Verfassungsnormen zur Geltung zu bringen sind, verlieren die geschriebenen Gemeinschaftsblankette des Grundgesetzes einen wesentlichen Teil ihrer Regelungswirkung, sobald sie - wie hier - auf die positivierten Rechtsgüterwerte zurückgeführt werden: Nur Sonderverständnisse - wie etwa die traditionelle Einengung des Gemeinwohlbegriffs in Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG²³⁾ - vermögen ergänzende Aussagen zu geben. Im übrigen entfalten die geschriebenen Gemeinwohlblankette ihre eigentliche Wirkung im Lichte dieser These als ermächtigender Eingriffs- und Regelungsvorbehalt. Insofern kommt ihnen eine weiterreichende Bedeutung zu als sie dem Gemeinwohl als allgemeinem verfassungsrechtlichen Interpretationsprinzip hat beigegeben werden können. - Als Ermächtigungsnormen geben die geschriebenen Gemeinwohlblankette der Verfassung dem Gesetzgeber eine Gestaltungsfreiheit, der verfassungsgerichtlich nachprüfbare Grenzen nur schwer anzulegen sind²⁴⁾. Soweit Gestaltungsschranken bestehen, sind sie von denen, die sich aus dem wechselseitigen Bezug der Verfassungsnormen ergeben, gewöhnlich nicht unterschieden. Während

23) Während eine Interpretation, die traditionelle Kompetenzerweiterungen über die Brücke des Gemeinwohlbegriffs in die Verfassung einzuschleusen versucht, strikt zu verwerfen ist, können gegen Kompetenzverengungen keine Einwände erhoben werden, denn sie bewirken, daß das Freiheitsrecht verstärkt wird: die Vermutung für die Freiheit wird durch Kompetenzbegrenzung ausgebaut.

24) Von daher wird die dezidierte Ablehnung verständlich, mit der BVerfGE 4, 219 (236) der Neigung begegnet ist, Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG unmittelbar als Anspruchsgrundlage für die Entschädigungen nach Enteignung zu verwenden.

der Gesetzgeber zur Konkretisierung und Effektuierung der Gemeinwohlblankette berufen ist, stellen sie für die rechtsanwendenden Instanzen keine unmittelbar anwendbaren Ermächtigungen dar: da es sich um Gesetzesvorbehalte handelt, ist ein unmittelbarer Vollzug durch die Verwaltung oder Justiz nicht zulässig.

Im Bereich einfachgesetzlicher Gemeinwohlblankette treten als Determinanten parallele einfachgesetzliche Wertungen neben die externe Auffüllung durch verfassungsgesetzliche Rechtsgüterwerte. Eignen sich verwandte Abgrenzungen zwischen vergleichbaren Rechtsgütern in anderen Gesetzen zur ergänzenden Blankettbestimmung, so muß die analoge Anwendung der dort vollzogenen Güterabwägung des Gesetzgebers in die gesetzesimmanent nicht ausreichend bestimmbar²⁵⁾ Gemeinwohlklauseln eingebaut werden, um deren Versagen vor der rechtsstaatlichen Bestimmtheitsklausel auf das Möglichste einzuschränken. Die Legitimität dieses über die verfassungsrechtlichen Wertungen hinausgreifenden Interpretationsverfahrens beruht auf dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, aus dem die Vermutung abzuleiten ist, daß durch die unbestimmten Generalklauseln des gemeinen Wohls keine unbenannten Widersprüche zu ausdrücklichen Parallelwertungen statuiert werden sollen²⁵⁾. Wo den einfachgesetzlichen Gemeinschaftsblanketten allerdings auch durch den Rückgriff auf vergleichbare Wertnormierungen in anderen Gesetzen keine ausreichend bestimmten Inhalte gegeben werden können, ist der Punkt erreicht, jenseits dessen sie vor dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot versagen²⁶⁾. Die als Ausweg verbleibende Inkorporation außerrechtlicher Normen genügt ange-

25) Die engen Grenzen, die einer Verwendung einfachgesetzlicher Wertungen auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Güterabwägung gezogen sind, sind für die Konkretisierung einfachgesetzlicher Gemeinwohlblankette nicht maßgebend, da die Bezugsnormen derselben hierarchischen Kategorie angehören.

26) Siehe oben 5. Abschnitt lit. a), S. 83 ff.

sichts der Vielfalt der pluralitären Sitten- und Rechtsüberzeugungen dem Erfordernis der Bestimmtheit allenfalls, wenn die Verweisungsnorm jene vorrechtliche Ordnung, deren Wertvorstellungen und Sollensgebote mit den Sanktionen der Rechtsordnung ausgestattet werden sollen, genau bezeichnet. Das ist bei den Blanketten des gemeinen Wohl regelmäßig nicht der Fall (ein seltenes Beispiel dieser Art bildet Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG). Eine generelle Verweisung auf die gesellschaftlichen Pflichten des Individuums gegenüber der Gemeinschaft, auf die Sitten, Gewohnheiten und Gebräuche ist vom Rechtsstaatsverständnis des Grundgesetzes aus keinesfalls zu rechtfertigen. Gemeinwohlblankette, die unausgesprochen, aber rechtslogisch zwingend als eine derartige Generalverweisung anzusehen sind, sind verfassungswidrig. Insofern unterscheiden sich die Blankette des einfachen Rechts von verfassungsrechtlichen Gemeinwohlklauseln und auch vom Gemeinwohlbegriff der allgemeinen Auslegungslehre. Diese sind als - vermeidbare - Umschreibungen von Ermächtigungen und von Interpretationsverfahren dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit nur dann ausgesetzt, wenn der gesetzgeberischen Dezision eine abweichende des Rechtsanwendenden substituiert werden soll; jene dagegen scheitern am rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz, soweit keine Gesetzesimmanenzen oder rechtssystematischen Anreicherungen ihres offenen und darum unzureichenden Regelungsinhaltes möglich werden.

Lebenslauf

Am 5. Januar 1935 wurde ich als Sohn des Hauptmanns Gerhard - Peter von Zezschwitz und seiner Ehefrau Brigitte geb. Bruns in Königsberg geboren. Volksschulen besuchte ich in Wünsdorf und Königsberg, Realgymnasien in Königsberg, Kamenz, Weilheim, Göppingen, Korntal und Marburg. Nach der Reifeprüfung im März 1954 studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Tübingen, München und Marburg. Nach dem 1. Juristischen Staatsexamen am 14. 7. 1958 studierte ich zwei Semester in Aix-en-Provence. Den anschließenden Vorbereitungsdienst schloß ich am 16. 12. 1963 mit der 2. Juristischen Staatsprüfung ab. Danach verwaltete ich eine wissenschaftliche Assistentenstelle am Institut für öffentliches Recht der Universität Marburg. Gegenwärtig bin ich wissenschaftlicher Assistent im Mainz.



